

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 948

(Ano XII)

(07/03/2020)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2020

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

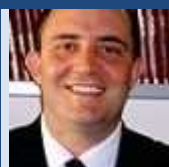
País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Os efeitos da condenação por crime de abuso de autoridade de acordo com a Lei 13.869/19

05/03/2020 | Eduardo Luiz Santos Cabette, 04

ARTIGOS

Construção social da criminalidade: análise à luz da criminologia crítica

06/03/2020 | Miguel Jaime dos Santos Agra, 12.

Feminicídio e a dignidade humana da mulher

06/03/2020 | Isadora Artuzo Romero, 20.

A responsabilização administrativa de terceiros na dissolução irregular das pessoas jurídicas

06/03/2020 | Vicente Férrer de Albuquerque Júnior, 39.

A aplicação da penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração Pública à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

05/03/2020 | Ignacio Tito Torres Santos, 44.

Inteligência artificial e o direito: o panóptico digital

05/03/2020 | Mario Augusto Carvalho de Figueiredo, 63.

A pensão por morte presumida de militar das forças armadas do Brasil ausente do seu domicílio fundamentada na Lei 8112, de 11 de dezembro de 1990

05/03/2020 | Marcos Vinicius Martins Cavalcante, 78.

Justiça de transição: breve abordagem acerca do sétimo Princípio de Chicago e a democracia brasileira no que diz respeito ao exercício das atribuições dos órgãos policiais

04/03/2020 | Eujecio Coutrim Lima Filho, 91.

O processo administrativo como meio alternativo à impugnação judicial em matéria tributária

04/03/2020 | Diego Alves Lopes, 110.

A responsabilidade solidária das redes sociais na publicidade direcionada lesiva ao consumidor

04/03/2020 | Mario Augusto Carvalho de Figueiredo, 119.

O Instituto Jurídico da Desaposentação

03/03/2020 | Paulo Juliano Roso Teixeira, 142.

Constituição Federal: uma abordagem sobre os limites da revisão constitucional

03/03/2020 | Miguidônio Inácio Loiola Neto, 167.

A Separação dos Poderes e o Sistema de Freios e Contrapesos na Constituição Federal

03/03/2020 | Valdemar Neto Oliveira Bandeira, 173.

Governança corporativa em empresas estatais e ações de classe especial

03/03/2020 | Daniel Brasiliense e Prado, 188.

A contribuição de melhoria e a discussão sob prisma legal e jurisprudencial acerca da publicação prévia do edital

02/03/2020 | Diego Alves Lopes, 209.

Cortes Supremas: processo de seleção e ingresso

02/03/2020 | Joana Nogueira Bezerra, 222.

Os limites do Poder Diretivo do Empregador

02/03/2020 | Paulo Juliano Roso Teixeira, 229.

A mutação constitucional: uma realidade na jurisprudência pátria

02/03/2020 | Miguidônio Inácio Loiola Neto, 251.

OS EFEITOS DA CONDENAÇÃO POR CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE DE ACORDO COM A LEI 13.869/19

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

A prática de abuso de autoridade não é somente um ilícito penal, é também ilícito administrativo e civil. Assim sendo, os efeitos da condenação se espraiam para outras áreas além da criminal. [1]

A obrigação da indenização do dano causado decorre naturalmente do Código Civil e é apenas reforçada pela Lei de Abuso de Autoridade. O artigo 186 do Código Civil já afirma que todo aquele que dolosa ou culposamente viola direito ou causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. E o ilícito civil, nestes termos definido, implica na obrigação de indenização, de acordo com o artigo 927, CC.

Essa questão da reparação do dano também é objeto de tratamento no Código de Processo Penal com referência à Ação Civil "ex delicto", de acordo com o disposto nos artigos 63 a 68, CPP. Ademais, na sentença penal condenatória é obrigação do magistrado fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, nos termos do artigo 387, IV, CPP, de modo que o condicionamento dessa definição a um requerimento do ofendido pelo artigo 4º., I, da Lei 13.869/19, parece ser inoportuna. Na verdade, deveria ter prevalecido a obrigação judicial de estabelecer o valor mínimo indenizatório em caso de condenação, independentemente de requerimento, na forma do artigo 387, IV, CPP. A norma da legislação especial, que prevalecerá, neste aspecto, sobre a geral, prejudica o interesse do ofendido a essa delimitação preliminar já na seara criminal e justamente em crimes nos quais o indivíduo se vê oprimido pelo Poder Estatal que, na realidade, tem responsabilidade objetiva sob o aspecto indenizatório (artigo 37, § 6º., CF c/c artigo 43, CC). Note-se que esse valor estabelecido na sentença condenatória é o "mínimo", podendo perfeitamente ser complementado na via cível

adequada. Enfim, deve-se mencionar que a obrigação de reparação do dano é efeito genérico da condenação, conforme já consta do artigo 91, I, CP.

Possivelmente o legislador cedeu, equivocadamente, a polêmicas em torno no artigo 387, IV, CPP, porque alguns entendem que o estabelecimento desse valor mínimo dependeria de pedido expresso do querelante ou do Ministério Público, o que não nos parece correto, até mesmo pela clara dicção legal. Neste sentido a lição coerente de Marcão:

Inovação trazida pela Lei 11.719/2008, determina o inciso IV que, no caso de condenação, o julgador deverá fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Cuida-se da denominada **parcela mínima** dos danos causados.

A regra é saudável e fonte de discussões, basicamente porque há quem entenda que o juiz só poderá fixar o valor se houver pedido expresso na denúncia, e também há quem sustente que o Ministério Público não dispõe de atribuições para tal tipo de postulação, visto que a busca reparatoria de natureza civil só pode ser deflagrada em juízo por advogado ou Defensor Público.

Quanto à primeira objeção, quer nos parecer que a regra tratada é bastante clara ao *determinar* que o juiz, independentemente de qualquer provocação (*ex officio*), deverá fixar a parcela mínima da reparação sempre que cabível. O comando da regra é claro: o *juiz fixará*, portanto, com ou sem pedido expresso a esse respeito. (...). Nem se argumente que a defesa será surpreendida com tal fixação, visto que a condenação imposta no juízo criminal implica em reconhecimento jurídico do dever de indenizar, por expressa disposição de lei.

No mais, também não concordamos com as objeções ao pedido de fixação formulado pelo Ministério Público, pois, quando assim procede, nada mais faz do que postular o cumprimento da regra legal, impositiva para o julgador, e

assim procede até desnecessariamente, em vista do que anotamos linhas atrás.

Não se trata de promover ação reparatória conjuntamente com ação penal, tal como ocorre nas legislações em que admitida a cumulação de instâncias (penal e civil). A particularidade tratada está longe disso, até porque, no sistema jurídico vigente, a fixação judicial em sede de condenação criminal não resolve definitivamente o dever reparatório. [2]

Parece não restar dúvida de que o legislador quis fugir dessa polêmica e estabelecer claramente a necessidade de pedido por parte do ofendido. A nosso ver não foi o melhor caminho. Deveria ter sido expresso no sentido de que a fixação desse valor é um efeito automático da condenação e obrigação do magistrado, independentemente de requerimento de quem quer que seja. Não obstante, “*legem habemus*” e há que prevalecer a norma especial da Lei 13.869/19 sobre a norma geral do Código de Processo Penal. Infelizmente, portanto, a fixação pelo Juiz de valor mínimo indenizatório por crime de abuso de autoridade na sentença condenatória depende de provocação do ofendido. Resta saber se o ofendido pode formular esse requerimento de maneira informal, por exemplo, desde a fase de investigação ou mesmo em juízo, ou se precisa de um advogado para tanto. Embora a lei não estabeleça formalidades, parece que se trata de postulação em juízo, para a qual será necessário o concurso de profissional habilitado. Mesmo porque, a posterior execução ou mesmo postulação de complemento da indenização no Juízo Cível, não prescindirá do profissional advogado.

Cabe salientar as sugestões de Gabriela Marques e Ivan Marques, no sentido de que ou o Ministério Público deva proceder ao pedido, já que as ações penais são sempre públicas no abuso de autoridade, ou que seja obrigatória a oitiva formal da vítima a respeito em todos os processos. [3]

Respeitosamente, discordamos dessas sugestões. Primeiro porque a lei menciona o requerimento *da vítima*, não havendo espaço para atuação do Ministério Público. Ora, se no sistema adotado pelo Código de Processo Penal já há discussão acerca da legitimidade ou não do Ministério Público para requerer nesses casos, o que dizer de uma legislação que é literal ao afirmar que cabe à vítima fazer esse pedido? A oitiva formal da vítima é uma sugestão que resolveria a formulação do requerimento na forma da lei, mas, como já visto, somente serviria para que o magistrado pudesse estabelecer na sentença condenatória criminal o mínimo

indenizatório, sem repercussão prática na esfera da efetiva indenização que sempre dependerá de advogado.

Porém, é preciso deixar bem clara uma distinção. O efeito de tornar certa a obrigação de indenizar o dano é automático, até por força do disposto no artigo 4º., Parágrafo Único, da Lei 13.869/19, que somente afirma serem não automáticos os efeitos dos demais incisos (II e III). Além disso, há que ter em mente as regras gerais do Código Civil, Código Penal, Código de Processo Penal e até da Constituição Federal já expostas. Esse efeito não depende sequer de menção pelo magistrado na sentença. O que fica condicionado na Lei de Abuso de Autoridade a um prévio requerimento provocativo do ofendido a fim de retirar o Juiz da sua inércia, é a fixação de um valor mínimo indenizatório já na sentença criminal. Somente isso. A obrigação de reparar o dano é efeito automático da condenação criminal, não somente considerando o claramente disposto na Lei de Abuso de Autoridade, mas também em uma análise conglobante do ordenamento jurídico brasileiro.

O segundo efeito da condenação por crime de abuso de autoridade é a inabilitação para o exercício de cargo, mandato ou função pública, pelo período de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

Conforme disposto no Parágrafo Único do artigo 4º., esse efeito não é automático e somente será aplicado àqueles criminosos *reincidentes específicos* em crime de abuso de autoridade. Assim sendo, o infrator primário, ainda que somente tecnicamente primário, não sofrerá esse efeito, assim como mesmo o reincidente, desde que sua condenação anterior, geradora da reincidência, seja por outro crime não previsto na Lei de Abuso de Autoridade. Ademais, ainda que seja reincidente específico em abuso de autoridade, será necessário que o Juiz aplique esse efeito expressamente em sua sentença. Não só expressamente, mas também “motivadamente”, ou seja, de maneira fundamentada, nos termos do artigo 93, IX, CF. O magistrado deverá constar esse efeito de acordo com a adequação, necessidade e proporcionalidade na aplicação da pena e seus efeitos, em típica atividade individualizadora (artigo 5º., XLVI, CF). No silêncio do magistrado, entendendo o Ministério Público cabível a determinação desse efeito, deverá manejar embargos de declaração e, se o caso, posterior apelação. Em não havendo essa atitude por parte do *Parquet*, a sentença transitará em julgado sem o referido efeito e não haverá mais possibilidade de que seja pleiteado contra o réu. A nosso ver esse efeito deveria ter sido previsto como automático pela legislação.

Gabriela Marques e Ivan Marques afirmam que aquele beneficiado pelos efeitos da chamada “prescrição da reincidência”, nos termos do artigo 64, I CP, seria “tecnicamente primário”, mas mesmo após a passagem do período depurador da reincidência ostentaria “ad infinitum” “maus antecedentes”, o que resultaria na possibilidade de sofrer os efeitos da condenação previstos nos incisos I e II do artigo 4º., conforme dispõe seu Parágrafo Único. [4]

Esse entendimento, “data venia” não se sustenta. Primeiro porque a lei requer a “reincidência” específica e nada diz sobre “maus antecedentes”, que são institutos absolutamente diversos. A própria legalidade impede que tais efeitos estejam autorizados pelos simples “maus antecedentes”, na medida em que a lei se refere tão somente à “reincidência”. Além disso, há outro equívoco. É hoje predominante, inclusive no STF, o entendimento de que as condenações que passam pelo período depurador da “prescrição da reincidência” não geram nem reincidência e nem mesmo “maus antecedentes”. Trata-se de aplicação e desenvolvimento do chamado “direito ao esquecimento”. No HC 162.305, STF, o Ministro Gilmar Mendes invocou várias outras decisões daquela corte suprema (v.g. HC 126.315, 2ª. Turma, STF e RHC 118.977, 1ª. Turma, STF) para afastar os maus antecedentes em casos como este. Afirmou o Ministro:

A possibilidade de sopesarem-se negativamente antecedentes criminais, sem qualquer limitação temporal, ad aeternum, em verdade, mostra-se pena de caráter perpétuo revestida de legalidade, (...), ressaltando que a Constituição Federal veda expressamente, na alínea “b” do inciso XLVII do artigo 5º, as penas de caráter perpétuo. Tal dispositivo suscita questão acerca da proporcionalidade da pena e de seus efeitos para além da reprimenda corporal propriamente dita. [5]

Greco e Cunha chamam a atenção para o fato de que pode parecer que a inabilitação somente seria possível quando o agente público, anteriormente perder o cargo. No entanto, concluem, a nosso ver com acerto, que ela também pode ocorrer isoladamente em casos nos quais, por exemplo, antes da condenação, o agente pede exoneração, é demitido administrativamente ou renuncia. [6]

Neste tema e em específico no que diz com o exercício de mandatos eletivos, há que ter em vista também a Lei Complementar 64/90, com nova redação dada pela Lei Complementar 135/2010 (conhecida como “Lei da Ficha Limpa”).

Segundo o artigo 1º, inciso I, alínea "e", número 5, do sobredito diploma legal, o condenado por abuso de autoridade, *com perda de cargo ou inabilitação para função pública*, ficará inelegível a partir do trânsito em julgado ou da condenação por órgão colegiado, pelo prazo de oito anos após o cumprimento da pena. Esse efeito especial da condenação não depende de menção na sentença, pois decorre das regras de inelegibilidade. Entretanto, tal regramento mais rígido somente tem validade para mandatos eletivos. Nos demais casos a interdição depende do disposto no artigo 4º, I, da Lei 13.869/19 e o efeito não é automático, como já visto.

O terceiro efeito da condenação por abuso de autoridade é a perda do cargo, mandato ou função pública. Esse efeito também não é automático, de acordo com o regramento do artigo 4º, Parágrafo Único, da Lei de Abuso de Autoridade, valendo os comentários já expendidos.

Note-se que cotejando a Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/19) com a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 64/90, com redação nova dada pela Lei Complementar 135/2010), não sendo, segundo o primeiro diploma, a inabilitação ou perda do cargo automáticos, nem sempre a condenação por abuso de autoridade gerará a inelegibilidade prevista na Lei da Ficha Limpa. Isso porque este segundo diploma exige para a inelegibilidade que o indivíduo tenha sido condenado por abuso de autoridade "*com perda de cargo ou inabilitação para função pública*". A Lei da Ficha Limpa somente torna inelegível aquele condenado "*nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública*" (excerto do artigo 1º, inciso I, alínea "e", número 5, da legislação em destaque). Como a Lei 13.869/19 estabelece que esses dois efeitos não são automáticos nem obrigatórios, conforme artigo 4º, Parágrafo Único, podem ocorrer casos em que alguém seja condenado por abuso de autoridade e não sofra os efeitos de perda do cargo, mandato ou função, bem como não fique inabilitado. Não ocorrendo ao menos um dos dois efeitos, não será possível o reconhecimento da inelegibilidade. Afirma-se que não haverá inelegibilidade "não ocorrendo ao menos um" dos dois efeitos, porque a Lei da Ficha Limpa prevê a sanção em caso de condenação por abuso de autoridade com um *ou* outro desses dois efeitos, não exigindo ambos. Isso, a nosso ver, é uma falha terrível de ambas as legislações. Não é admissível que um infrator da lei penal, que comete uma espécie de crime contra a administração pública, malversando os poderes que lhe foram conferidos, seja considerado elegível, somente porque não sofreu a perda do cargo ou uma inabilitação previstas na Lei de Abuso de Autoridade. Eis mais uma razão para que esses efeitos fossem automáticos e não

condicionados à reincidência e ainda à sua determinação expressa na sentença condenatória.

No que diz respeito à perda do cargo ou função pública, ainda que não decorra da sentença condenatória, certamente advirá do respectivo Processo Administrativo Disciplinar. Isso tendo em conta que os diversos diplomas que regem os funcionários públicos estabelecem a pena de “demissão” ou até “demissão a bem do serviço público” para os casos de condenação por “crimes contra a administração pública”. São exemplos o artigo 132, I, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei 8.112/90), o artigo 75, II e XII, da Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado de São Paulo (Lei Complementar Estadual 207/79, neste caso a demissão é “a bem do serviço público” e há menção, no inciso XII, a ato de improbidade administrativa), entre outros. Nesses casos de perda do cargo ou função por via administrativa e não como efeito de sentença condenatória, não será possível a inelegibilidade de acordo com a Lei da Ficha Limpa, pois que esta se refere à condenação criminal com esses efeitos e não à sanção administrativa. É claro que a instância administrativa é independente da penal, mas possivelmente um condenado na seara penal sofrerá as devidas consequências administrativas.

Quanto ao mandato eletivo, também ainda restará a questão de decoro do agente político, que poderá, justamente na esfera política sofrer sanções devidas, inclusive com a destituição da função (vide artigo 55, II, CF; artigo 2º. c/c 9º, VII, da Lei 1079/50 etc.). Essas legislações também preveem inabilitações por prazos determinados, as quais são especiais em relação à Lei da Ficha Limpa.

Reitera-se que, portando, os efeitos de perda do cargo, mandato ou função e inabilitação deveriam ser obrigatórios e automáticos, a fim de dar cumprimento mais rigoroso à vedação de acesso a cargos populares eletivos por indivíduos que versam em abuso de poder.

REFERÊNCIAS

APÓS 5 anos do fim da pena, condenado não tem mais maus antecedentes. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-out-23/condenado-volta-bons-antecedentes-anos-fim-pena>, acesso em 20.12.2019.

GRECO, Rogério, CUNHA, Rogério Sanches. *Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020.

MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARQUES, Gabriela, MARQUES, Ivan, *A Nova Lei de Abuso de Autoridade*. São Paulo: RT, 2019.

TEIXEIRA, Ana Valéria de Oliveira (org.) et al. *Direito ao Esquecimento*. Brasília: Secretaria de Documentação Coordenadoria de Biblioteca – STF, 2017.

NOTAS:

[1] Art. 4º. São efeitos da condenação

I-tornar certa a obrigação de indenização o dano causado pelo crime, devendo o juiz, a requerimento do ofendido, fixar na sentença o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos por ele sofridos;

II-a inabilitação para o exercício de cargo, mandato ou função pública pelo período de 1 (um) a 5 (cinco) anos;

III-a perda do cargo, mandato ou da função pública.

Parágrafo Único. Os efeitos previstos nos incisos II e III do “caput” deste artigo são condicionados à ocorrência de reincidência em crime de abuso de autoridade e não são automáticos, devendo ser declarados motivadamente na sentença.

[2] MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 924.

[3] MARQUES, Gabriela, MARQUES, Ivan, *A Nova Lei de Abuso de Autoridade*. São Paulo: RT, 2019, p. 45.

[4] MARQUES, Gabriela, MARQUES, Ivan, Op. Cit., p. 46.

[5] APÓS 5 anos do fim da pena, condenado não tem mais maus antecedentes. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-out-23/condenado-volta-bons-antecedentes-anos-fim-pena>, acesso em 20.12.2019. Sobre o tema do “Direito ao Esquecimento”, vide publicação temática do próprio STF: TEIXEIRA, Ana Valéria de Oliveira (org.) et al. *Direito ao Esquecimento*. Brasília: Secretaria de Documentação Coordenadoria de Biblioteca – STF, 2017, “passim”. Disponível digitalmente em : http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/direito_ao_esquecimento2.pdf, acesso em 20.12.2019.

[6] GRECO, Rogério, CUNHA, Rogério Sanches. *Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 38.

CONSTRUÇÃO SOCIAL DA CRIMINALIDADE: ANÁLISE À LUZ DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

MIGUEL JAIME DOS SANTOS AGRA:

Mestre em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA (2012-2014), Especialista em Direito Processual Penal pela Escola Superior de Advocacia do Amazonas - ESA-OAB, com certificação pela União das Faculdades de Alagoas - UFAL (2010-2011), Especialização em Registros Públicos pela Universidade Cândido Mendes (2018-em andamento), Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM (2005-2009). Atualmente exerce o cargo de Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (2014-em exercício). Aprovado recentemente no concurso público de titular de Cartório Extrajudicial do Estado do Amazonas.

Resumo: O presente artigo possui a finalidade de analisar as premissas relacionadas à construção social do crime e da criminalidade a partir do modelo da criminologia crítica. O tema envolve variáveis sociais, jurídicas, políticas e econômicas que podem ou não influenciar direta ou indiretamente na complexa interação social. O reconhecimento das causas associadas a criminalidade possibilita a elaboração de políticas públicas voltadas ao combate desse flagelo social. A pesquisa é de caráter qualitativo e bibliográfico de modo a possibilitar a discussão teórica sobre a questão por meio de uma análise crítica.

Palavras-Chaves: Criminalidade. Criminologia. Crítica.

Abstract: This article aims to analyze the premises related to the social construction of crime and criminality based on the critical criminology model. The theme involves social, legal, political and economic variables that may or may not directly or indirectly influence the complex social interaction. The recognition of the causes associated with crime makes it possible to develop public policies aimed at combating this social scourge. The research is of a qualitative and bibliographic character in order to enable the theoretical discussion on the issue through a critical analysis.

Keywords: Crime. Criminology. Criticism.

Sumário: 1. Introdução – 2. Criminologia crítica. 3. Processo de criminalização. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. Introdução

A criminalidade, no curso da história, se mostra como um entrave social. Inúmeros são os fatores que influenciam diretamente no seu aumento progressivo, o que passou a ser, a partir da década de 80, no cenário nacional, objeto de muitos estudos, inclusive sob o enfoque criminológico, com base nas mais diversas teorias.

Os estudos da construção social do crime e da criminalidade passam por uma transição de modelo teórico. Diante da complexidade da interação social e do desenvolvimento socioeconômico, a criminologia tradicional abre espaço para a crítica. Este modelo criminológico parte de análises pautadas na relação entre o acúmulo de riqueza com a criminalidade, considerando a estigmatização dos indivíduos estratificados em classes sociais e a estrutura do poder político, econômico e jurídico.

2. Criminologia crítica

Para Baratta (2002, p. 209), a criminologia crítica representa uma mudança de paradigma, uma maneira diferente de compreender a criminalidade daquela examinada sob o aspecto da dogmática tradicional. Essas duas concepções correspondem a dois modelos diferentes de ciência social e de Criminologia.

Baratta (2002, p. 215) sustenta que:

Comparada com a criminologia tradicional, a criminologia crítica se desloca em uma relação radicalmente diferente quanto à prática. Para a criminologia tradicional o sistema penal existente e a prática oficial são os destinatários e beneficiários de seu saber, em outras palavras, o príncipe para o qual é chamada a conselheira. Para a criminologia crítica o sistema positivo e a prática oficial são, antes de tudo, o objeto de seu saber. A relação com o sistema é crítica; sua tarefa imediata não é realizar as receitas da política criminal, mas examinar de forma científica a gênese do sistema, sua estrutura, seus mecanismos de seleção, as funções que realmente exerce, seus custos econômicos

e sociais e avaliar, sem preconceitos, o tipo de resposta que está em condições de dar, e que efetivamente dá, aos problemas sociais reais. Ela se coloca a serviço de uma construção alternativa ou antagônica dos problemas sociais ligados aos comportamentos socialmente negativos. (BARATTA, 2002, p. 215)

Enquanto a criminologia tradicional parte de premissas destinadas à compreensão da criminalidade sem considerar as violências institucionais produzidas pelo Estado, tão somente sob o aspecto patológico da criminalidade ou relacionando-a com as características biológicas e psicológicas do “delinquente”, a criminologia crítica busca entender o fenômeno da criminalidade à luz da ciência sociológica, trabalhando tanto com a macrossociologia como com a microsociologia, ao considerar elementos tais como o crime, o criminoso, a vítima e o controle social, circundando o processo de criminalização, o sistema punitivo, a estrutura econômica, sobretudo, as violências institucionais praticadas pelo Poder Público.

3. Processo de criminalização

Lopes (2002, p. 1), ao fazer uma releitura da obra de Baratta (2002), aduz que o modelo delineado pela criminologia crítica trabalha, sobretudo, com a ideia de desvio social e processo de criminalização, tendo como objeto a análise das relações sociais, considerando a estrutura econômica à luz da compreensão do cenário jurídico-político de controle social.

Para Cirino dos Santos (2006),

A Criminologia crítica se desenvolve por oposição à Criminologia tradicional, a ciência etiológica da criminalidade, estudada como realidade ontológica e explicada pelo método positivista de causas biológicas, psicológicas e ambientais. Ao contrário, a Criminologia crítica é construída pela mudança do objeto de estudo e do método de estudo do objeto: o objeto é deslocado da criminalidade, como dado ontológico, para a criminalização, como realidade construída, mostrando o crime como qualidade atribuída a comportamentos ou pessoas pelo sistema de justiça criminal, que constitui a criminalidade por processos

seletivos fundados em estereótipos, preconceitos e outras idiosincrasias pessoais, desencadeados por indicadores sociais negativos de marginalização, desemprego, pobreza, moradia, em favelas, etc; o estudo do objeto não emprega o método etiológico das determinações causais de objetos naturais empregado pela Criminologia tradicional, mas um duplo método adaptado à natureza de objetos sociais: o método interacionista de construção social do crime e da criminalidade, responsável pela mudança de foco do indivíduo para o sistema de justiça criminal, e o método dialético que insere a construção social do crime e da criminalidade no contexto da contradição capital/trabalho assalariado, que define as instituições básicas das sociedades capitalistas. (CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 809-810)

A transição entre os modelos criminológicos se deu na década de 70 na Europa e na América, no início da guerra fria entre o imperialismo capitalista liderado pelos Estados Unidos da América e o socialismo sustentado pela antiga União Soviética. Os precursores da criminologia crítica foram Lan Taylor, Paul Walton e Jock Young, na obra intitulada "The New Criminology: For a Social Theory of Deviance".

A criminologia crítica não se refere a uma tese fechada, mas sim a um novo paradigma com discursos não homogêneos, distinguindo-se da criminologia tradicional em razão da alteração de objeto e método do pensamento criminológico e sociológico-jurídico.

Cirino dos Santos (2006, p. 809) afirma que o objeto de estudo da criminologia crítica passa a ser a criminalização como realidade construída, ao invés da criminalidade como dado ontológico, e, por sua vez, o método é alterado do etiológico para o interacionista de construção social do crime e da criminalidade e para o dialético.

Segundo Baratta (2002, p. 209), o método etiológico se fundamenta em premissas ontológicas da criminalidade, as quais são predefinidas aos conceitos, a reação social, institucional e não institucional, não englobando as normas jurídicas e sociais, a ação das instâncias oficiais, a reação social respectiva e os mecanismos institucionais e sociais que estabelecem certos comportamentos como criminosos.

A escola que precedeu a mudança de paradigma da criminologia tradicional para a crítica, intitulada positivista, trabalha com o método etiológico. Essa escola, ao definir o objeto de estudo, não questiona o sistema normativo, nem mesmo as instituições que o gerenciam.

Para Prado (2008),

Os postulados basilares dessa escola são: a) o Direito tem uma natureza transcendente, segue a ordem imutável da Lei natural: O direito é congênito ao homem, porque foi dado por Deus à humanidade desde o primeiro momento de sua criação, para que ela pudesse cumprir seus deveres na vida terrena. O direito é a liberdade. Portanto, a ciência criminal é o supremo código da liberdade, que tem por objeto subtrair o homem da tirania de si mesmo e de suas próprias paixões. O Direito Penal tem sua gênese e fundamento na lei eterna da harmonia universal; b) o delito é um ente jurídico, já que constitui a violação de um direito. É dizer: o delito é definido como infração. Nada mais é que a relação de contradição entre o fato humano e a lei; c) a responsabilidade penal é lastreada na imputabilidade moral e no livre arbítrio humano; d) a pena é vista como meio de tutela jurídica e como retribuição da culpa moral comprovada pelo crime. O fim primeiro da pena é o restabelecimento da ordem externa na sociedade, alterada pelo delito. Em consequência, a sanção penal deve ser aflitiva, exemplar, pública, certa, proporcional ao crime, célere e justa; e) o método utilizado é o dedutivo ou lógico-abstrato; f) o delinquente é, em regra, um homem normal que se sente livre para optar entre o bem e o mal, e preferiu o último; g) os objetos do estudo do Direito Penal são o delito, a pena e o processo. (PRADO, 2008, p. 79-80)

Nesse contexto, a escola positivista opera sob o fundamento da ideologia da defesa social, adotando como premissas, segundo a doutrina de Baratta (2002): (a) a legitimidade do Estado para reprimir e penalizar quem violar o pacto social; (b) a sociedade constituída como representação do "bem" e o delito como "mal"; (c) a

culpabilidade ou o grau de reprovabilidade social; (d) a finalidade da pena em estabelecer a prevenção social e a recuperação do “delinquente”; (e) a igualdade que determina a aplicação do sistema penal a quem infringir o pacto social, independente de quem seja; (f) o interesse social, com fulcro no direito penal mínimo, para o qual as condutas consideradas delitos estão relacionadas com os valores essenciais a uma dita sociedade.

Já o método interacionista de construção social do crime e da criminalidade busca compreender o objeto de estudo considerando, sobretudo, o “delinquente”, a vítima, o sistema punitivo, as violências institucionais, assim como a estrutura econômica do Estado.

Essa mudança de paradigma foi iniciada com a introdução do *labeling approach* (teoria da rotulação), baseada em teorias sociológico-fenomenológicas, o que tende a deslocar o objeto de estudo das causas do comportamento criminoso para as condições em que são praticadas, o que não é, no entanto, suficiente para qualificar a criminologia crítica, em razão de três efeitos, apontados pela crítica esquerdista, mistificantes.

De acordo com Baratta (2002), são eles:

a) avaliar a criminalidade e o desvio como resultados de um processo de definições pode provocar, nesse contexto, a ocultação de situações socialmente negativas e de sofrimentos reais, que em muitos casos pode-se considerar como o ponto de referência objetivo das definições;

b) fazer derivar do reconhecimento de efeitos estigmatizados da pena, ou de outras intervenções institucionais, a tese da “radical não intervenção”, significa criar um óbice para as intervenções socialmente adequadas e justas;

c) concentrar as investigações sobre certos setores do desvio e da criminalidade, sobre os quais, de fato, se concentram, com seu funcionamento socialmente seletivo, os processos de etiquetamento e de criminalização (as camadas mais débeis e marginalizadas do proletariado urbano), pode contribuir para a consolidação do estereótipo

dominante da criminalidade e do desvio, como comportamento normal destes grupos sociais, e deslocar, assim, a atenção dos comportamentos socialmente negativos da delinquência de colarinho branco e dos poderosos. (BARATTA, 2002, p. 212)

Com o intuito de sanar esses pontos, no contexto da criminologia crítica, está sendo desenvolvida uma teoria materialista que relaciona as situações socialmente negativas e o processo de criminalização com as relações sociais de produção e com a estrutura do processo de valorização do capital.

Para Baratta (2002),

[...] a base do novo paradigma a investigação criminológica tem a tendência a deslocar-se das causas do comportamento criminoso para as condições a partir das quais, em uma sociedade dada, as etiquetas de criminalidade e o status de criminoso são atribuídos a certos comportamentos e a certos sujeitos, assim como para o funcionamento da reação social informal e institucional (processo de criminalização). (BARATTA, 2002, p. 211)

4. Considerações finais

Assim, não se pode negar que o fim ideológico operado pelas premissas da criminologia crítica é a redução do sistema penal, perseguindo as raízes do abolicionismo, de modo a sugerir uma reforma política a médio e longo prazo, posto que se busca não somente a reformulação de programas de governo, mas a mudança de comportamento social.

5. Referências

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Renavan, 2002.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia e a reforma da legislação penal**. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil (Brasília), v. 1, p. 809-815, 2006.

LOPES, Luciano Santos. **A criminologia crítica: uma tentativa de intervenção (re)legitimadora no sistema penal.** De Jure, Belo Horizonte, v. 05, p. 145-176, 2002.

PRADO, Luiz Régis. Curso de direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FEMINICÍDIO E A DIGNIDADE HUMANA DA MULHER

ISADORA ARTUZO ROMERO:

Bacharelada do curso de Direito pela
Universidade Brasil - Fernandópolis SP

RESUMO: Costumes históricos como o patriarcado ainda ecoam na sociedade moderna e atual. Através deste estudo, será demonstrado que esses hábitos, em pleno ano de 2019, ainda fazem mulheres de vítimas, infringindo direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Contudo, no anseio de modificar essa realidade, há o surgimento de leis como a Lei Maria da Penha (lei 11.340/2006) e a Lei do Femicídio (13.104/15) que tutelam os direitos da mulher e visam combater e punir o agressor com medidas mais severas. Com base normativa nos direitos fundamentais, há um intento maior, ligado à erradicação da violência contra a mulher e à diminuição dos crimes brutais que cerceiam suas vidas. Pretende-se, com as medidas adotadas pelo Estado, que a função preventiva e punitiva seja capaz de conscientizar socialmente a população, para que deixe de existir o binômio subordinação e dominação, ambos arraigados culturalmente no Brasil e no mundo e que precisam ser extirpados das relações, para que prevaleça a dignidade da pessoa humana.

Palavras chave: Femicídio; Dignidade humana; Violência contra a mulher.

ABSTRACT: Historical customs such as patriarchy still echo in modern and current society. Through this study it will be demonstrated that these habits in the middle of 2019 still make women victims, violating constitutionally guaranteed fundamental rights. However, in an effort to change this reality, the emergence of laws such as the Maria da Penha Law (Law 11.340 / 2006) and the Femicide Law (13.104 / 15) that protect women's rights and aim to combat and punish the aggressor with measures. more severe. Based on fundamental rights, there is a greater intention, linked to the eradication of violence against women and the reduction of brutal crimes that surround their lives. It is intended, with the measures adopted by the State, that the preventive and punitive function is capable of socially making the population aware that the binomial subordination and domination, both culturally rooted in Brazil and in the world, need to be removed from relations. so that the dignity of the human person prevails.

Key-words: Femicide; Human dignity; Violence against women

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. 2.1 Conceito de gênero e o paradigma social. 3. HISTÓRIA DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.

4. A PROMULGAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA – LEI Nº 11.340/2006. 5. O FEMINICÍDIO COMO COMPLEMENTAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA. 5.1 Femicídio no Brasil. 5.2 O posicionamento do feminicídio no Código Penal Brasileiro. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é explorar as alterações legislativas que resultaram na evolução do Direito Penal, no tocante à proteção aos direitos da mulher que, desde os primórdios, sofre com a violência física e psicológica em razão de sua fragilidade e da construção cultural machista a que fora, durante décadas, submetida.

Por muitos anos, a mulher dobrou-se a um tratamento diverso ao dos homens, pois era tratada com inferioridade e todas as conquistas, observadas hodiernamente, foram resultadas de muitas lutas e mortes. À exemplo, quando as mulheres foram às ruas e lutaram pelo voto feminino, por igualdade salarial, garantias de trabalho, melhores condições de vida e pelo fim da violência, como até hoje.

No capítulo inicial, em que se dará o desenvolvimento, serão abordados os fundamentos constitucionais e os direitos próprios do ser humano, diga-se o direito à vida digna e à igualdade, em consonância com o princípio da isonomia.

Na sequência, serão levantadas questões históricas inerentes ao tratamento e à alocação da mulher no contexto social. A partir da análise sociológica e política, serão analisados aspectos legais que foram capazes de ensejar maior proteção dos direitos fundamentais da dignidade humana, não só sob o enfoque da igualdade, mas, principalmente, em razão do gênero feminino inferiorizado por longos anos.

Desse modo, há várias políticas de proteção e combate à violência contra a mulher no Brasil. A lei 11.340/06 é um exemplo de grande conquista diante do histórico de injustiças às quais as mulheres vinham sendo subjugadas. No anseio de combater essa situação, a efetivação de uma lei que viesse resguardar essas mulheres vítimas de agressão.

Serão abordadas as questões que envolvem a diminuição da mulher em razão do gênero e, por derradeiro, a lei do feminicídio, com recentes alterações publicadas no ano de 2019, com reflexos procedimentais e busca pela maior proteção das mulheres que estiverem em iminente perigo de sofrer agressão.

A metodologia empregada será desenvolvida por intermédio de pesquisa bibliográfica, com leitura, fichamento e análise crítica de artigos, livros e jurisprudências referentes à temática.

2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

Considerada como uma norma jurídica suprema, a Constituição Federal traz conjecturas sobre os direitos fundamentais, direitos próprios da pessoa humana. Neste sentido, vale dizer que esses direitos têm como embasamento uma vida digna e igualitária.

Por vida digna, leia-se as garantias oferecidas pelo Estado com prestações positivas, políticas públicas eficazes e que garantam efetividade e manutenção dos direitos básicos para a dignidade humana. E por igualdade, leia-se a isonomia entre homens e mulheres, no que diz respeito aos seus deveres e direitos, oportunidades e responsabilidade sem qualquer retificação.

Neste contexto, aponta-se a isonomia como principal garantia constitucional. Isto porque é por ela, pela equidade ou igualdade que será garantida a dignidade humana, princípio constitucional que se encontra acima de todos os demais.

Conforme seu artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, todos são iguais perante a lei, sem qualquer discriminação, sendo assegurados igual proteção e os direitos fundamentais a qualquer indivíduo. Neste sentido, garante *“a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”*.

Na tentativa de diminuir transgressões aos direitos humanos, a Carta Magna positivou a igualdade de gênero, (artigo 5, inciso I) e a proteção à instituição familiar em seu artigo 226: *“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”*; §8º. *“O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”*.

Especificamente com a finalidade de manter a essência familiar e coibir a violência de gênero é que foram sancionadas leis como Maria da Penha e, posteriormente, a lei do Femicídio. Ao adentrar neste contexto relacionado a questões de gênero, necessários os esclarecimentos a seguir.

-

o **Conceito de gênero e o paradigma social**

Para Campos (2008), “gênero” é uma concepção cultural ligada aos atributos femininos e masculinos e enraizadas nas relações de poder, diferenciando-se do conceito de “sexo”, ligado a características biológicas. Assim, a definição de gênero está integrada aos papéis ocupados por homens e mulheres na sociedade, entretanto, verifica-se a limitação de poder entre os sexos, ainda que a norma legal seja de equidade e igualdade.

A organização social criou a ideia estereotipada de que a mulher se encontra submissa, ressaltando a sobrevalorização do sexo masculino e criando uma realidade hierarquizada que é justificada através de várias ferramentas de integração social, entre elas o Direito.

Dentro da esfera jurídica, o conceito de gênero passa a ser incorporado aos Direitos Humanos que retêm mecanismos de proteção contra a violência às mulheres, fundadas no gênero.

Deste modo, a violência contra a mulher é conhecida como violência de gênero, uma vez que envolve a relação de subordinação, levando a agressões, sejam físicas, psicológicas ou morais, sexuais e econômicas, o que evidencia um contexto de desigualdade e relação de poder do homem frente à mulher, mormente em relações no âmbito doméstico.

Contudo, a violência contra a mulher tem origem histórica, firmada em um modelo de sociedade patriarcal, em que o papel do homem e da mulher foram rigidamente separados, elegendo o homem como provedor de sua família e a mulher como cuidadora do lar. Neste contexto, a mulher assumiu uma situação de submissão ao homem, dando abertura para infinitas diferenças entre eles e que se fazem presentes ainda nos dias de hoje.

Assim, a violência praticada em relação ao sexo feminino é real e atinge a cidadania das mulheres, bem como suas liberdades básicas e fundamentais, tornando impossível a tomada de decisões de maneira autônoma e independente e limitando os direitos intrínsecos a qualquer ser humano.

Silva (2008) salienta que a visibilidade da violência de gênero, na esfera doméstica, requer o reconhecimento da violência contra a mulher enquanto uma violação de direitos humanos, uma violação que acarreta sérios danos à saúde física e psíquica das vítimas e como tal, exige intervenção coordenada e interdisciplinar, tanto quanto qualquer outro obstáculo social enfrentado em nível institucional.

A violência de gênero, definida por Teles e Melo (2003):

(...) a sociologia, a antropologia e outras ciências humanas lançaram mão da categoria gênero para demonstrar e sistematizar as desigualdades socioculturais existentes entre homens e mulheres, que repercutem na esfera da vida pública e privada de ambos os sexos, impondo a eles papéis sociais diferenciados que foram construídos historicamente, e criaram polos de dominação e submissão. Impõe-se o poder masculino em detrimento dos direitos das mulheres, subordinando-as às necessidades pessoais e políticas dos homens, tornando-as dependentes. (TELES; MELO, 2003, p.16)

É bem verdade que a violência contra a mulher existe há muitos anos, e em contrapartida, em meados do século XX uma série de transformações começam a ocorrer com o intuito de garantir às mulheres o pleno exercício dos direitos fundamentais e garantia de maior segurança.

3. HISTÓRIA DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Inicialmente, insta acentuar que, no corrente ano de 2019 o país ainda sofre com altos índices de violência contra a mulher. De acordo com o Panorama da violência contra as mulheres no Brasil, elaborado em 2018,

(...) foram realizados 749.024 atendimentos em 2015, em comparação a 485.105 atendimentos realizados em 2014. Dentre os atendimentos realizados em 2015, cerca de 10% (76.651) se referiram a relatos de violência contra as mulheres. Destes relatos de violência, 50,16% corresponderam a violência física; 30,33%, a violência psicológica; 7,25%, a violência moral; 2,10%, a violência patrimonial; 4,54%, a violência sexual; 5,17%, a cárcere privado; e 0,46%, a tráfico de pessoas. (FEDERAL, 2018, p.11).

Segundo a Organização Mundial da Saúde - OMS [...] 69% das mulheres já foram agredidas ou violentadas. A habitualidade dos crimes cometidos remete, dentre as principais causas, aos crimes de poder: à natureza das relações interpessoais entre as partes; à banalização e à incorporação do uso sistemático da violência para a resolução de conflitos cotidianos, às diversas situações de hierarquias que permeiam as relações de afetividade. (BANDEIRA, 2014, p.15).

De acordo com o Panorama da Violência contra as Mulheres no Brasil (indicadores nacionais e estaduais) registrado no site do Senado Federal pelo 'Ligue 180', acerca da violência sofrida por mulheres, foram realizados diagnósticos importantes para melhor desenho e avaliação da adequabilidade de políticas públicas destinadas ao seu enfrentamento da violência em razão do sexo feminino.

Além de trazer informações acerca do tipo de violência sofrida, são coletados dados referentes à continuidade da violência, ao vínculo entre agressor e vítima, ao tempo de ocorrência da violência, dentre outras.

As análises quantitativa e qualitativa são importantes para a compreensão sociológica, histórica, política e legiferante. É preciso ir além: entender as bases que motivam as criações legais e alteram o cenário de violência no país.

Segundo a OMS (Organização Mundial de Saúde), as vítimas, além de sofrerem desrespeito por seu gênero (mulheres), são discriminadas por racismo, machismo, questões religiosas, lesbofobia, entre outras formas de desigualdades.

Para a Juíza Marixa Fabiane Lopes Rodrigues (2015), o comportamento social que define e classifica os papéis entre homens e mulheres é, sem dúvida, o responsável pelas desigualdades, preconceitos e machismo presentes na sociedade e responsável, em partes, pela cultura da violência contra as mulheres.

Do ponto de vista histórico brasileiro, os valores e a cultura firmaram-se em uma sociedade patriarcal. As famílias estruturavam-se em um poder indiscutível do homem sobre todos os seus familiares, da qual ele era a única pessoa possuidora de direitos, de acordo com a lei, crença esta que foi arrastada alguns séculos.

O sistema patriarcal e de autoridade dos homens sobre as mulheres permite compreender que a dominação está presente no âmbito familiar, mas também opera na esfera profissional, na mídia assim como na política. Ele está no sentimento e pensamento de boa parte das pessoas que ainda semeiam a desproporção e inferioridade do sexo feminino em prol do masculino. No desdobrar dos anos a independência feminina vem se destacando, conforme bem destaca Dias (2004):

O modelo familiar da época era hierarquizado pelo homem, sendo que desenvolvia um papel paternalista de mundo e poder, exigindo uma postura de submissão da mulher e dos filhos. Esse modelo veio a sofrer modificações a partir da Revolução Industrial, quando as mulheres foram chamadas ao

mercado de trabalho, descobrindo assim, a partir de então, o direito à liberdade, passando a almejar a igualdade e a questionar a discriminação de que sempre foram alvos. Com essas alterações, a mulher passou a participar, com o fruto de seu trabalho, da manutenção da família, o que lhe conferiu certa independência. Começou ela a cobrar uma participação do homem no ambiente doméstico, impondo a necessidade de assumir responsabilidade dentro de casa e partilhar cuidado com os filhos. (DIAS, 2004, p.22)

Foi em meados dos anos de 1.962 que as mulheres brasileiras adquiriram a liberdade para preencher o espaço público, tornando-se parcialmente capazes e responsáveis pelos atos da vida civil, bem como adentraram-se fortemente no mercado de trabalho.

Na década de 70, o tema da violência de gênero começa a ganhar proporção, quando a Organização das Nações Unidas (ONU) começou a promover atos do Dia Internacional da Mulher e realizou a Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Cedaw)[1]. Nos anos 1.980, movimentos sociais começaram a surgir, tendo como motivo a luta pelos direitos igualitários entre homens e mulheres.

A evolução nos direitos das mulheres acabou alterando o que antes acreditavam serem os papéis de cada gênero. Assim, a repressão acontece no intuito de constranger a mulher para que esta volte a ocupar o papel que anteriormente ocupava no contexto social (dona de casa).

Contudo, a sociedade ainda cultiva valores que incentivam a violência, o que implica na necessidade de ciência de que a culpa é de todos. O motivo é cultural e decorre da diferença no exercício do poder, o qual gera uma relação de soberania e domínio (DIAS, 2007).

É possível verificar pela história que há uma afronta aos Direitos Humanos: a solidariedade, visto que a mulher, apesar de todas as levantamentos atuais, não é vista coletivamente como vítima e não recebe a devida atenção do Estado, da mesma forma que o homem recebe e sempre recebeu.

Pode-se afirmar a amplitude mundial da violência contra a mulher. Imperioso salientar que, inicialmente, se tratava de matéria de ordem privada.

Devido às lutas e conquistas feministas, a violência também passou a ser abordada no setor público.

Como maneira de coibir a violência contra a mulher, foi adotada em 09 de junho de 1994 pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) e ratificada em 27 de novembro de 1995 pelo Brasil, a “Convenção de Belém do Pará”, com o objetivo de prevenir, reprimir e eliminar a violência contra a mulher.

Conforme bem instituído pela “Convenção de Belém do Pará”, *“a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente a observância, gozo e exercício de tais direitos e liberdades”; e “constitui ofensa contra a dignidade humana e é manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens”* [2].

Foi a partir dos anos 2000 que mudanças começaram a ocorrer, tanto na legislação quanto na implantação de políticas públicas, relativas ao enfrentamento à violência contra as mulheres.

4. A PROMULGAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA – LEI Nº 11.340/2006

Em 2006 foi promulgada a Lei nº 11.340/06, o marco principal na luta para erradicar a violência contra a mulher no Brasil. Conhecida também como “Lei Maria da Penha”, recebeu este nome em homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de violência doméstica durante 23 anos de casamento. Sofreu diversas agressões praticadas por seu esposo, incluindo tentativas de homicídio. Uma das agressões a deixou paraplégica e a sua luta pela condenação do agressor foi uma das inspirações para a criação da lei.

Não considerado mais como um delito de menor potencial ofensivo, a lei tipifica casos de violência doméstica, institui políticas públicas em seu dispositivo, trazendo procedimentos para assegurar a devida imputação criminal ao agressor, vetando a aplicação de penas pecuniárias além de fixar medidas protetivas de urgência e oferecendo acolhimento emergencial à vítima.

Assim, a vítima que sofre agressão em âmbito doméstico ou familiar poderá requerer do Estado medidas que façam cessar essa condição de violência, basta dirigir-se à delegacia, registrando a ocorrência, que será objeto de inquérito policial, a ser remetido ao Ministério Público.

A lei reforça a abordagem da criminalização da violência contra a mulher, estabelecendo tratamento multidisciplinar, bem como medidas protetivas e preventivas ao enfrentamento desta realidade.

Ademais, no corrente ano de 2019 e com intuito de aperfeiçoar as medidas de proteção à mulher, foram implementadas novas mudanças no dispositivo, em que permite não apenas ao magistrado competente, mas também às autoridades policiais determinarem medidas protetivas de urgência à vítima. É importante destacar que a palavra final continua sendo do juiz competente, ocorrendo somente a antecipação da medida provisória de urgência (como em situações de flagrante: cabe à autoridade policial prender quem esteja cometendo um crime). É o que se confere do artigo 12-C da lei em questão:

Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente a vida ou a integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

I - pela autoridade judicial;

II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente.

§ 2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso.

Outra medida que se destaca, é que o agressor é obrigado a arcar com todos os custos relacionados ao tratamento de saúde da vítima prestados pelo Sistema Único de Saúde (SUS). É o que se retira do §4º da Lei nº 13.871/19, de forma

que ao agressor que por ação ou omissão causar lesão, qualquer tipo de violência, dano moral ou patrimonial à mulher, ficará obrigado a ressarcir todos os danos causados, inclusive ao SUS.

Ainda sobre as medidas que ampliam a proteção às vítimas de agressões, recentemente foram sancionados pelo presidente Jair Messias Bolsonaro, dois projetos que alteram a Lei Maria da Penha.

Um deles determina que, caso o agressor possua arma de fogo, seja ela apreendida em até quarenta e oito horas após o registro da ocorrência, sendo esta uma situação independente de parecer do juiz competente. Assim, verificado pela autoridade policial o registro de arma de fogo em nome do autor, essa informação será anexada aos autos.

O segundo projeto dá prioridade à vítima da violência doméstica, para matricular ou transferir seus filhos em instituições de ensino (seja creche ou colégio) próximas ao seu domicílio. Trata-se de uma medida protetiva de urgência a ser fixada pelo juiz e, ainda que inexista vaga, o Estado deverá criar uma adicional e garantir a sequência do ano letivo.

A lei, portanto, cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo enraizada nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal e da Convenção de Belém do Pará, para conter essa problemática social de forma eficaz e célere.

5. O FEMINICÍDIO COMO COMPLEMENTAÇÃO A LEI MARIA DA PENHA

No sentido dos avanços da Lei Maria da Penha, surge, em 2015, no Código Penal Brasileiro, a Lei do Femicídio. Tratando diretamente de mulheres assassinadas pelo motivo de serem do sexo feminino, o feminicídio é comprovado em casos anteriores de violência doméstica e familiar e, ainda, o ânimo do delito pautado no desprezo à condição de mulher.

Muito embora ambos os institutos visem combater a violência contra a mulher, tratam-se de legislações diversas e complementares, com finalidade de combater e punir os agressores, conforme analisado a seguir.

5.1 Femicídio no Brasil

Reconhecida a necessidade de um dispositivo diverso que punisse de forma mais rigorosa os homicídios contra mulheres, em 2015, a lei de número 13.104/15

tipificou o feminicídio no Código Penal, qualificando o homicídio doloso contra mulheres em razão do sexo feminino.

Deu-se ao homicídio de uma mulher pela condição de ser mulher, a denominação de feminicídio. Dentre as “motivações” que levam o autor à prática do ato, destacam-se aquelas de ordem interna como ódio, raiva, sentimento de perda do controle sobre a mulher, o que é comum em sociedades marcadas pelo patriarcalismo.

De acordo com o Ministério da Saúde[3], em levantamento quantitativo realizado em setembro de 2019, o Brasil registra um caso de agressão contra a mulher a cada quatro minutos, em sua maioria no âmbito doméstico, onde o agressor é conhecido, ocupando o 5º lugar no ranking mundial no índice de feminicídio.

Em um cenário marcado por tantos registros de violência contra a mulher, que, por diversas vezes resultaram no fim de suas vidas, a lei surge como forma de combate a essa realidade, com respostas punitivas mais rigorosas. A finalidade é de minimizar o drama da violência doméstica que assola o país, fazendo diariamente mulheres de vítimas.

No intuito de qualificar o crime de homicídio no Código Penal Brasileiro, foram acrescentados: um inciso no parágrafo 2º (inciso VI) e o §2-A, e também, a causa de aumento de pena no § 7º ao art. 121, do Código Penal.

Quando surgiu a Lei 13.104/15, logo em seguida, o Projeto Lei 8.305/14 sofreu uma rápida e curta alteração, modificando-se o vocábulo “gênero” pela expressão “condição do sexo feminino”.

O artigo, agora, explica as razões da condição do sexo feminino, quando o crime envolva violência doméstica e familiar e/ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Ademais, a pena poderá ser aumentada de um terço até a metade, se o delito for praticado durante a gestação ou nos três meses após o parto; contra vítima menor de quatorze ou maior de sessenta anos ou deficiente; na presença de ascendentes ou descendentes; e em caso de descumprimento das medidas protetivas de urgência

O professor e promotor de justiça, Rogério Sanches Cunha (2015), explica os incisos I e II do art. 121, §2-A do Código Penal, em que a ocorrência do delito em questão, o feminicídio pressupõe a violência baseada no gênero, em que as

agressões sejam motivadas pela opressão à mulher. Para isso a conduta do agente deve ser pautada no menosprezo ou na discriminação à condição de ser mulher

Portanto, pelo entendimento de Cunha (2015), é imprescindível esclarecer que o crime de homicídio cometido no âmbito das relações domésticas não pode ser qualificado como o crime praticado pela condição do sexo feminino. A um se dará a atenção circunstancial dos dizeres da lei Maria da Penha, ao outro, para além desta observação, será acrescentada à prática delituosa a qualificadora e designação de feminicídio.

Genericamente falando, a vítima do feminicídio somente poderá ser uma mulher. Já o autor do crime, geralmente será um homem, mas nada impedirá que uma mulher atue como coautora ou partícipe, não sendo afastada a hipótese de que uma mulher possa ser um sujeito ativo da qualificadora de feminicídio, desde que atue em uma relação de violência de gênero contra a vitimada (FEIDEN, 2016)

Insta salientar que a criação da lei é produto de grande atuação das marchas feministas. Consoante, os ensinamentos de Nucci (2017):

(...) diversas normas foram editadas ao longo do tempo, com o exclusivo objetivo de conferir maior proteção à mulher, em face da nítida opressão enfrentada quando em convívio com alguém do sexo masculino, como regra. Culturalmente, em várias partes do mundo, a mulher é inferiorizada sob diversos prismas. Pior, quando é violentada e até mesmo morta, em razão de costumes, tradições ou regras questionáveis sob a aura dos direitos humanos fundamentais. No Brasil, verificou-se (e ainda se constata) uma subjugação da mulher no nível cultural, que resvala em costumes e tradições. (NUCCI, 2017, p. 455)

-

- **O Posicionamento do Feminicídio no Código Penal Brasileiro**

Como já mencionado, para a configuração do tipo penal feminicídio é necessária a presença dos elementos qualificadores do artigo 121 do Código Penal: *“violência doméstica e familiar”, “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”*.

Neste diapasão, destacam-se três alterações de grande importância no tipo penal, implementadas pela lei 13.104/15: (I) o feminicídio foi inserido no rol de crimes qualificados, impondo ao agressor pena mais elevada; (II) causas de aumento de pena, podendo ser aumentada de um terço até a metade (como já mencionado anteriormente); e (III) inserido no rol de crimes hediondos.

Ressalta-se que há casos em que a pena poderá ser aumentada de um terço até a metade, mas a legislação brasileira se restringe a fixar ao agressor a pena base de reclusão de doze a trinta anos, por assim dizer, a mesma pena que incide sobre a qualificadora por motivo torpe. Em países latino-americanos, a situação já é tratada com maior severidade. No México, por exemplo, o agente causador de um feminicídio poderá ser condenado à prisão perpétua.

A garantia dos direitos humanos e o elevado número de casos de homicídios praticados contra a mulher foi que ensejou a inserção da qualificadora no Código Penal. Renegar quaisquer dos direitos humanos é um tipo de discriminação e, sendo a violência contra a mulher uma infringência destes, a demonstrar a existência do feminicídio como fato recorrente na sociedade, para evitar a impunidade desses crimes é que se fez necessário ao poder público desenvolver estratégias de proteção à mulher (CUNHA, 2015).

Contudo, há uma consciência patriarcal que precisa ser vencida com medidas adotadas pelo poder público e em toda a sociedade. Para além da criação da lei, exige-se uma postura social e de aspecto estruturante que modifique as bases conservadoras desgastantes do núcleo familiar.

As questões que inovaram sobre a diferença de gênero já foram apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Controle de Constitucionalidade, assentando que a diferenciação no tratamento penal entre homem e mulher como vítimas de delitos é harmônica com a Magna Carta, pois é necessária maior proteção diante das peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira existente. O mesmo entendimento é o do Supremo Tribunal de Justiça. Neste sentido, o RHC 55.030/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 23/06/2015, DJe 29/06/2015.

Há, claramente, uma tentativa de aprimoramento dos institutos penalizadores capazes de contribuir com a evolução e paz social. Bittencourt (2015) assevera que a qualificadora conseguiu assegurar maior proteção à mulher, sem, no entanto, incorrer em inconstitucionalidade, o que ocorreria, caso fosse criado novo

tipo penal análogo ao homicídio, com punição mais grave, uma vez que tratasse de vítima do sexo feminino.

Cunha (2015) destaca a qualificadora do feminicídio como subjetiva e pressupõe motivação especial, qual seja o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher, caso em que, pelo fato de ser crime doloso será julgada no Tribunal do Júri.

De modo diverso, Nucci (2017) atribui à qualificadora a natureza objetiva, já que está ligada ao gênero da vítima ser mulher. O autor não aquiesce à ideia de ser uma qualificadora subjetiva uma vez que se inseriu a expressão “por razões de condição de sexo feminino”. Nucci (2017), destaca ainda o agente pratica o feminicídio por motivos de natureza fútil ou torpe, o faz movido por ódio, disputa família, entre outras razões variadas, moralmente relevantes.

Decidiu, pioneiramente, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal que a natureza da qualificadora é objetiva, ou seja, subsistindo outras circunstâncias que qualificam o homicídio pelo motivo (torpe ou fútil), é o que se extrai do Acórdão n.904781, 20150310069727-RSE, Relator: George Lopes Leite, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 29/10/2015, publicado no Dje: 11/11/2015.

Mesmo havendo divergência doutrinária sobre a interpretação mais conveniente quanto à aplicação da qualificadora, decidiu o Superior Tribunal de Justiça e ratificou o entendimento que possibilita a condenação pelas qualificadoras do motivo torpe e o feminicídio. Pelo informativo n. 625, decidiu-se que:

Não caracteriza bis in idem o reconhecimento das qualificadoras de motivo torpe e de feminicídio no crime de homicídio praticado contra mulher em situação de violência doméstica e familiar. Isso se dá porque o feminicídio é uma qualificadora de ordem OBJETIVA - vai incidir sempre que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar propriamente dita, enquanto que a torpeza é de cunho subjetivo, ou seja, continuará adstrita aos motivos (razões) que levaram um indivíduo a praticar o delito.

Portanto, o feminicídio é qualificadora de natureza objetiva, visto que para sua configuração não basta que o crime seja cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, ou seja, que a morte esteja vinculada em razão do sexo feminino, praticada tanto por homem quanto por mulher.

Bittencourt (2017) esclarece que o tipo penal é o do homicídio em que incidirá a qualificadora do feminicídio. Ademais, é possível que coexistam a qualificadora motivo torpe (natureza subjetiva) conjuntamente com a qualificadora feminicídio (natureza objetiva).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluiu-se, através deste artigo, que o feminicídio possui origens históricas numa sociedade marcada pelo patriarcalismo, em que se valoriza o homem em relação à mulher. No decorrer dos anos, por movimentos feministas e lutas sociais, a mulher consegue exercer sua cidadania.

É certo que o avanço legislativo coexiste com a tentativa de respostas urgentes no intuito de solucionar ou harmonizar os conflitos sociais, deixando claro que para alcançar respeito e tratamento igualitário, a população de forma geral deve ser reeducada através de políticas públicas.

Portanto, com o estudo foi possível verificar de forma clara que o feminicídio é crime de ódio, cometido em razão da discriminação pela condição de mulher e sua característica como qualificadora consubstancia o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo por finalidade a minimização das questões de preconceito que ainda assolam o Estado Democrático de Direito Brasileiro.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Maria de Lourdes. **Violência de gênero: uma construção de um campo teórico e de investigação**. Revista Sociedade e Estado – Brasília, v. 29, n. 2, maio/agosto 2014.

BASTOS, Douglas de Assis. **Feminicídio e a Proteção dos Direitos Humanos na Perspectiva de Gênero: Entre a Tutela de Bens Jurídicos Fundamentais e o Simbolismo Penal**. Disponível em: <enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/download/181/42>. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da

Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11340.htm>. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.871, de 17 de setembro de 2019**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para dispor sobre a responsabilidade do agressor pelo ressarcimento dos custos relacionados aos serviços de saúde prestados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) às vítimas de violência doméstica e familiar e aos dispositivos de segurança por elas utilizados. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13871.htm>. Acesso 08 out. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 292 de 2013**. (Da CPMI de Violência contra a mulher no Brasil). Altera o Código Penal, para inserir o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=133307&tp=1>>. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Panorama da violência contra as mulheres no Brasil indicadores nacionais e estaduais**, Brasília, v II, 2018. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/institucional/datasenado/omv/indicadores/relatorios/BR-2018.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2019.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa** – 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 2, parte especial: arts. 121 a 212** – 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Lei Maria da Penha: mínima intervenção punitiva, máxima intervenção social**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 16, n. 73, p. 244-267, jul. /ago., 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/lei_maria_penha.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código Penal para concursos: Doutrina, jurisprudência e questões de concursos**. 7ª ed. Bahia: Juspodivm, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da lei 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **O tempo da violência**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/discursos.php?codigo=804&termobusca=#anc>>. Acesso em: 01 out. 2019.

FEIDEN, Bruna Caroline. **A nova lei do feminicídio e o uso simbólico do Direito Penal: considerações sobre as possibilidades e os limites do direito penal como instrumento para o enfrentamento da violência contra a mulher no Brasil**. Ijuí (RS), 2016. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/3704>>. Acesso em: 03 out. 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa** – 14ª ed. Niterói: Impetus, 2017.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **A violência doméstica fatal: o problema do feminicídio íntimo no Brasil**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/publicacao_femicidio.pdf>. Acesso em 07 out. 2019.

MARCONDES FILHO, C. **Violência fundadora e violência reativa na cultura brasileira**. São Paulo: São Paulo Perspectiva, v.15 n.2, abr./jun. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392001000200004>. Acesso em: 07 out. 2019.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado - Parte geral** - v.1. 10ª ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

NABUCO FILHO, José. Feminicídio. In: **Revista da Faculdade de Direito**. São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.usjt.br/revistadireito/numero-3/12-jose-nabuco-galvao-barros-filho.pdf>> acesso em: 03 out. 2019.

NUCCI, Guilherme De Souza. **Código penal comentado**. 17º ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Editora Forence, 2017.

ONU (Organização das Nações Unidas). **Diretrizes Nacionais Feminicídio**. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio_FINAL.pdf>. Acesso em: 09 out. 2019.

RODRIGUES, Mateus; MAZUI, Guilherme. **Bolsonaro sanciona dois projetos que ampliam proteção a vítimas de violência doméstica**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/10/08/bolsonaro-sanciona-dois-projetos-que-ampliam-protacao-a-vitimas-de-violencia-domestica.ghtml>>. Acesso em 09 out. 2019.

SILVA, Danielle Martins. Violência doméstica na Lei Maria da Penha. Reflexos da visibilidade jurídica do conflito familiar de gênero. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1874, 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11614>. Acesso em: 13 nov. 2019. Acesso em: 10 out. 2019.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal: volume único**. São Paulo: Atlas, 2018.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. **O que é a violência contra a Mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2003.

NOTAS:

[1] Cedaw - Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw1.pdf>. Acesso em: 11 set. 2019.

[2] Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, "Convenção De Belém Do Pará". Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 29 set. 2019.

[3] Delta Folha - Brasil registra um caso de agressão à mulher a cada quatro minutos. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/09/brasil-registra-1-caso-de-agressao-a-mulher-a-cada-4-minutos-mostra-levantamento.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa>. Acesso em: 08 out. 2019.

A RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DE TERCEIROS NA DISSOLUÇÃO IRREGULAR DAS PESSOAS JURÍDICAS

VICENTE FÉRRER DE ALBUQUERQUE JÚNIOR:

Procurador da Fazenda Nacional. Pós-graduado em Direito Tributário e em Direito Processual Civil. Bacharel em direito pela Universidade Católica de Pernambuco.

RESUMO: O objetivo deste artigo é investigar em que medida o processo administrativo de responsabilização de terceiros, por dissolução irregular da personalidade jurídica, se adequa ao devido processo administrativo. Para isto, aplicou-se o método dedutivo, com as técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, com a análise da Portaria PGFN nº 948, de 15/09/2017, que regulamenta o procedimento no âmbito Federal. Primeiramente, foi considerado o devido processo administrativo como fator de defesa do cidadão contra o Estado; posteriormente, verificou-se as disposições da Portaria PGFN nº 948/2017 e o entendimento quanto a dissolução irregular; e, por fim, foi realizada uma conferência da responsabilização administrativa no contexto constitucional. Os resultados mostram que o Procedimento Administrativo de Reconhecimento de Responsabilidade está dentro dos parâmetros da estrita legalidade, responsabilizando aquele particular que dissolveu irregularmente uma pessoa jurídica.

Palavras-chave: Procedimento administrativo de reconhecimento de responsabilidade. Devido processo administrativo. Dissolução irregular. Responsabilidade de terceiros.

SUMÁRIO: 1) INTRODUÇÃO. 2) O DEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO E A PORTARIA PGFN Nº 948/2017. 3) A DISSOLUÇÃO IRREGULAR E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA RESPONSABILIZAÇÃO POR DÉBITOS FISCAIS. 4) CONCLUSÕES. 5) REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO.

Este artigo trata a respeito do Procedimento Administrativo de Reconhecimento de Responsabilidade (PARR) instaurado no caso de dissolução irregular da sociedade empresária para redirecionar os débitos em face dos sócios.

No âmbito constitucional, restou a todos assegurado, como direito fundamental, o devido processo administrativo, conforme art. 5º, incs. LIV e LV. Não obstante, para proteção dos credores, foi disponibilizada uma forma legal de

dissolução das sociedades empresárias, apurando o ativo para realização do passivo. A dissolução irregular gera a responsabilidade pessoal pelas obrigações tributárias, nos termos do art. 135, inc. III do CTN, regulamentado pela Portaria PGFN nº 948/2017.

De tal modo, este artigo foi estruturado em duas seções, a partir do estudo do devido processo administrativo; para, posteriormente, desenvolver sobre a possibilidade de responsabilização administrativa por débitos junto a Fazenda Nacional e a adequação do Procedimento administrativo de reconhecimento de responsabilidade com o Texto Constitucional.

2. O DEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO E A PORTARIA PGFN Nº 948/2017.

O devido processo administrativo é destinado a resguardar o particular e dotar de legalidade o ato do Poder Público, dando oportunidade para o exercício do contraditório e da ampla defesa e possibilitando um procedimento dialógico de responsabilização. O sistema Brasileiro adotou o modelo da jurisdição única (MEIRELLES, 2013, p. 56-57), cabendo submeter o âmbito administrativo ao controle jurisdicional.

Contudo, o procedimento administrativo adquiriu importância por possibilitar a participação efetiva do cidadão, com possibilidade de agilizar a resolução de conflitos, devendo sempre observar o devido processo legal e o modelo constitucional desenhado para o andar processual (SILVÉRIO JÚNIOR, 2012, p. 43).

Neste viés de legalidade e observância das regras de processo adotadas na Constituição de 1988, está delineada a Portaria PGFN nº 948/2017. Aqui, a autoridade fiscal deverá indicar especificamente os indícios da ocorrência da dissolução irregular da pessoa jurídica devedora, juntando aos autos administrativos os elementos de prova da dissolução irregular, identificação da pessoa jurídica e das pessoas físicas envolvidas.

O terceiro, no exercício do contraditório e da ampla defesa, será notificado para apresentar impugnação em 15 (quinze) dias, podendo alegar: i) a inoportunidade da dissolução irregular; ou ii) a ausência de responsabilidade pela dívida imputada. O julgamento deverá ser realizado em 30 dias, prorrogável por igual período, sendo obrigatória e suficientemente fundamentada, de forma clara e explícita.

Desta decisão, ainda caberá recurso administrativo, sem efeito suspensivo, em 10 dias corridos. A autoridade pode reconsiderar sua decisão, porém, caso não

faça, caberá o julgamento a autoridade superior. Interposta demanda na via judicial, com objeto total ou parcialmente coincidente com o PARR, estará configurada renúncia a via administrativa.

Somente após o julgamento final pela procedência, é que o terceiro será responsabilizado pelos débitos, estando desresponsabilizado até decisão final, com a coisa julgada administrativa que reconheça a dissolução irregular e a responsabilidade.

De tal modo, a Portaria PGFN nº 948/2017 preza pela máxima participação do terceiro no procedimento administrativo de responsabilização, concedendo a oportunidade do exercício do contraditório e da ampla defesa em várias esferas administrativas, submetidas a diferentes autoridades julgadoras, de forma a cumprir os preceitos processuais constitucionais.

3. A DISSOLUÇÃO IRREGULAR E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA RESPONSABILIZAÇÃO POR DÉBITOS FISCAIS.

Assim como a constituição de uma sociedade exige o preenchimento de certos requisitos e condições, sua dissolução, por paridade de formas, deve respeitar os critérios legalmente estabelecidos. Enquanto pendente o procedimento de dissolução, a pessoa jurídica continua a existir, conforme art. 51 do CC/02.

Poderá haver a dissolução da sociedade simples quando houver: i) na sociedade por prazo determinado, com o vencimento deste; ii) por consenso da totalidade dos sócios; iii) deliberação por maioria absoluta dos sócios; iv) falta de recompor a pluralidade em 180 dias; ou v) pela extinção de sua autorização para funcionar. O rol do art. 1.033, CC/02 é exemplificativo, mas serve para demonstrar que a dissolução é um procedimento solene, que exige formalidades para que seja dentro da legalidade.

Dentre as hipóteses da dissolução irregular, o STJ sumulou entendimento de nº 435^[1], que autoriza o reconhecimento da dissolução irregular quando houver mudança do domicílio fiscal sem a devida comunicação aos Fiscos e a Junta Comercial, redirecionando a responsabilidade pela quantia aos sócios. Aqui, importa lembrar a essencialidade de levar a registro na Junta Comercial qualquer mudança de endereço.

Diante deste cenário, é possível concluir que, verificada a dissolução irregular, por caracterizar infração a lei, é possível redirecionar a cobrança em face dos sócios, que responderam com seus bens particulares pela integralização da

dívida. Lado outro, caso haja a correta liquidação da sociedade, com verificação do ativo e adimplemento do passivo, haverá a extinção legal da personalidade jurídica, mesmo que não haja patrimônio para satisfazer todos os credores, afastando a responsabilidade dos sócios, por não se verificar violações a legislação.

4. CONCLUSÃO.

A partir da explicação, é possível concluir pela a constitucionalidade do Procedimento Administrativo de Reconhecimento de Responsabilidade – PARR, na forma regulamentada pela Portaria PGFN nº 948/2017. É possível inferir pela possibilidade de responsabilizar administrativamente os infratores pela dissolução irregular da sociedade, sempre respeitando o contraditório, a ampla defesa^[2] e a impossibilidade de fazer cobranças para a interposição de recursos no âmbito administrativo^[3].

Com fulcro no estudo exposto, concluímos pela legalidade da responsabilização administrativa dos sócios responsáveis pela dissolução irregular da sociedade, no contexto de preservar o interesse dos credores, de terceiros e da livre concorrência. Nessa medida, o processo administrativo de responsabilização de terceiros, por dissolução irregular da personalidade jurídica, se adequa ao contexto processual estabelecido no âmbito da CRFB/88.

REFERÊNCIAS.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 18 de novembro de 2019.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____. Portaria PGFN nº 948, de 15 de setembro de 2017. *Regulamenta, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), o Procedimento Administrativo de Reconhecimento de Responsabilidade – PARR*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 23, 19 set. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. *O processo constitucional como espaço dialogal discursivo da democracia*. Revista de Direito Brasileira, v. 02, p. 29-45, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. CÂMARA, Jacintho Arruda. *O devido processo administrativo na Execução do termo de ajustamento de conduta*. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 115-120, abr./jun. 2008.

NOTAS:

^[11] Súmula 435 - Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente. (Súmula 435, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/04/2010, DJe 13/05/2010).

^[21] Súmula Vinculante nº 3: Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

^[31] Súmula vinculante nº 21: É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

A APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE SUSPENSÃO DO DIREITO DE LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IGNACIO TITO TORRES SANTOS:

Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal), Bacharel em Administração de Empresas pela Universidade Católica do Salvador (UCSal). Pós-Graduado em Metodologia e Didática do Ensino Superior pela Faculdade São Bento da Bahia. Pós-Graduado em Gestão de Materiais e Logística pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Salvador/Bahia. Atua na área de Licitações e Contratos Administrativos.

RESUMO: Diante a aplicação de penalidades a empresas que participam de licitações e descumprem as cláusulas estabelecidas no contrato, surge à necessidade dessa pesquisa que tem o intuito de analisar a suspensão do direito de licitar ou contratar com a Administração Pública à luz da Lei nº 8.666/93, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, sugerindo uma dosimetria de modo a mensurar as sanções a serem aplicadas pela Administração Pública aos licitantes ou contratados. Assim, buscamos construir ferramentas protetivas ao Poder Público ou interessados envolvidos diante da insatisfação gerada na contratação de empresas, em face de atos relacionados à inexecução do contrato. De acordo com a jurisprudência que permeia o STJ, ainda não existe um entendimento pacificado no assunto. Alguns entendem que as sanções deverão abranger apenas a instância que aplicou a penalidade, já outros entendem que as sanções deverão se estender a todas as esferas administrativas.

Palavras-chave: Superior Tribunal de Justiça – STJ; Jurisprudência; sanções; dosimetria da pena; suspensão do direito de licitar.

ABSTRACT: Given the penalties to companies that participate in bidding and violate the clauses of the contract, arises the need of this research aims to analyze the suspension of the bidding or contracting with the public administration in the light of Law nº. 8.666/93, according to the jurisprudence of the Superior Court of Justice - STJ, suggesting a dosimetry in order to measure the sanctions to be imposed by the public authorities to bidders or contractors. Thus, we seek to build protective tools to public authorities or parties involved before the dissatisfaction generated in contracting companies, in the face of acts related to non-performance of the

contract. According to the case law that permeates the STJ, there is still a peaceful understanding on the subject. Some argue that sanctions should cover only the body that imposed the fine, others believe that sanctions should be extended to all administrative levels.

Keywords: Superior Court of Justice - STJ; Jurisprudence; sanctions; dosimetry penalty and suspension of the right to bid.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Do procedimento licitatório à contratação; 3. Inexecução contratual e as sanções administrativa; 4. Princípios; 5. Espécies de sanções administrativas. 5.1 Advertência. 5.2 Multa. 5.3 Suspensão temporária. 5.4 Declaração de Inidoneidade. 5.5 Rescisão unilateral. 6. Dosimetria da Pena. 7. Conclusão; 8. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Administração Pública carece de um entendimento pacificado no que tange aos aspectos legais quanto à suspensão do direito de licitar ou contratar com o Poder Público. Assim, cabe um estudo de modo a sugerir uma dosimetria de aplicação de penalidades às empresas que participam de licitações e descumprem as cláusulas estabelecidas no contrato.

De acordo com a jurisprudência que permeiam o Superior Tribunal de Justiça – STJ, ainda não existe um entendimento pacificado no assunto. Alguns entendem que as sanções deverão abranger apenas na instância em que se houve a penalidade, já outros, entendem que as sanções deverão estender-se a todas esferas administrativas.

Assim, há de se questionar se existe ou não uma comunicabilidade entre as instâncias na Administração Pública no que se tange à suspensão do direito de licitar.

Para tanto, surge à necessidade de expor conceitos, novas tendências e medidas referentes à aplicação de sanções administrativas aos contratados, balizados ao art. 87 da Lei Federal nº 8666/93 pela inexecução total ou parcial do contrato como a advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação, impedimento de contratar e declaração de idoneidade para licitar ou contratar com o Poder Público.

Em outro prisma, cumpre-nos ressaltar o zelo e compromisso com o ente público, representado pelo seu órgão, com a sociedade, no tocante às medidas punitivas,

respeitando o princípio da supremacia do interesse público em relação ao particular e o da proporcionalidade, quanto ao processo de punição dos contratados que venham a infringir regras contratuais.

Assim, esse estudo tem como preceito corroborar de modo a fornecer ferramentas que visam à proteção da Administração Pública de modo eficaz contra aos licitantes que são penalizados e continuam a participar de licitações desenfreadamente em outras instâncias, trazendo, conseqüentemente benefícios, futuras contratações, bem como da celeridade nos processos licitatórios.

2. Do procedimento licitatório à contratação

A Administração Pública, para contratar empresas para a realização obras, serviços, inclusive os de publicidade, compras, alienações e locações em todas as suas esferas necessita de passar por um procedimento prévio que se denomina licitação.

Como bem preceitua as normas constantes no art. 1º da Lei nº 8.666/1993, vejamos:

“Subordinam-se a regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”. (BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm> Acesso em: 10 de fev. de 2020).

Licitação é um procedimento administrativo na Administração Pública para a aquisição de bens, execução de obras e prestação de serviços.

Segundo Hery Lopes Meireles, conceitua licitação:

“Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, inclusive o da promoção do desenvolvimento econômico sustentável e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a: Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os

interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. Tem como pressuposto a competição”. (MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 42ª edição. Editora Malheiros. São Paulo. 2015, p. 310).

Assim, durante a realização do procedimento licitatório, através de suas fases internas e externas, respeitando os seus aspectos formais e jurídicos, bem como a homologação pela autoridade superior, é encaminhado o processo administrativo ao setor competente do órgão para a elaboração do contrato com a empresa sagrada vencedora da presente licitação.

Ademais, a empresa a ser contratada entrará na fase da formalização e execução do contrato administrativo que deverá ser acompanhado pelo gestor do contrato até a sua extinção que será pela conclusão do objeto, término do prazo, rescisão ou ainda anulação.

Todo o contrato é munido de direitos e obrigações tanto do contratado como do contratante, devendo ser acompanhado pelo gestor do contrato, representado por servidor devidamente designado. Esse gestor tem o papel de fiscalizar, orientar, intervir, interditar ou mesmo aplicar penalidades com o cumprimento das penalidades contratuais atinentes às obrigações e da execução do contrato.

3. Inexecução contratual e as sanções administrativas.

A inexecução do contrato, seja ela total ou parcial, podem ser por motivos imprevisíveis que independem da vontade do contratado e o exoneram de qualquer responsabilidade, bem como os que há uma culpabilidade por parte do contratado.

Conforme conceitua Henry Lopes Meireles:

Inexecução ou inadimplência do contrato é o descumprimento parcial ou total de suas cláusulas. Essa inexecução pode ocorrer por ato ou omissão culposa ou sem culpa do contratado, caracterizando o retardamento (mora) ou descumprimento integral do ajustado. (MEIRELES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. 15ª edição. Editora Malheiros. São Paulo. 1990, p. 318).

O nosso objeto de estudo será através das penalidades a serem aplicadas aos contratados diante da inexecução parcial ou total através de conduta culposa da

contratada e que acarretem prejuízo à administração relevantes ao objeto contratado.

Atualmente os editais licitatórios possuem cláusulas que limitam a participação de empresas que foram penalizadas com a suspensão do direito de licitar ou contratar com a Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados e dos Municípios, assim como empresa cujo responsável, diretor ou sócio, que tenha participado de outra empresa penalizada, desde que o ato tenha sido publicado no Diário Oficial da União, do Estado ou do Município pelo órgão que o praticou. Embora alguns entendam que essas cláusulas possuem um excesso de burocracia, elas apenas zelam pela integridade e o bom funcionamento do ente público.

De acordo com os comentários de Marçal Justen Filho, "a demora injustificada na execução da prestação contratual acarreta, como sanção a ser primeiramente cogitada, a aplicação de multa". No tocante, o atraso na execução do contrato pode resultar na rescisão dele por ato unilateral da Administração.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, as sanções administrativas são:

[...] sanção administrativa é a providência gravosa prevista em caso de incursão de alguém em uma infração administrativa cuja imposição é da alçada da própria Administração. Isto não significa, entretanto, que a aplicação da sanção, isto é, sua concreta efetivação, possa sempre se efetuar por obra da própria administração. Com efeito, em muitos casos, se não for espontaneamente atendida, será necessário recorrer à via judicial para efetivá-la, como ocorre, por exemplo, com uma multa, a qual, se não for paga, só poderá ser judicialmente cobrada.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 24. ed. 2007. p. 824.

Cumpre-nos ressaltar a relevância da apuração dos motivos ensejadores ao descumprimento do contrato através de processo administrativo, incidindo as sanções administrativas em casos de inadimplemento culposos, sendo que havendo motivo justificado, não caberá a punição ao particular.

[...]

A lei prevê sanções pela prática de comportamentos configuráveis como infrações administrativas (arts. 86 a 88), assim como prevê, também, aflições penais tanto para o agente público como para o contratado que incorram em certos comportamentos lesivos ao interesse público por ocasião dos contratos administrativos (arts. 89, parágrafo único, 90, 91, 92 e parágrafo único, 96 e 99).

Assim, o contratado que injustificadamente atrasar-se na execução de contrato assujeita-se a ser multado pela Administração, na forma e termos previstos no instrumento convocatório ou no contrato (art. 86).

Demais disso, a teor do art. 87, a inexecução total ou parcial do contrato o expõe, garantida sempre a prévia defesa, a sofrer as sanções administrativas de (a) advertência; (b) multa, nos termos do instrumento convocatório; (c) suspensão temporária de participar de licitação e impedimento de contratar com a Administração por até dois anos e (d) declaração de inidoneidade para contratar ou licitar enquanto perdurarem os motivos que a determinaram ou até sua reabilitação, que será concedida sempre que ressarcir a Administração pelos prejuízos que lhe haja causado e tenham transcorrido dois anos da aplicação da sanção.

Temos por certo que tanto a suspensão do direito de contratar quanto a declaração de inidoneidade, como já o dissemos no capítulo anterior (n. 83), só podem ser aplicadas no caso dos atos tipificados na lei como crimes, pois não se admitiria seu cabimento em outras hipóteses sem que exista prévia descrição legal de outros casos de seu cabimento.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 32. ed. 2015. p. 659.

Para tanto, algumas sanções elencadas na Lei Federal de Licitações nº 8.666/93 em seu art. 86, em que o atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

Neste sentido, torna-se necessária uma dosimetria de penalidades, estas elencadas no art. 87 da Lei nº 8.666/93 em seus incisos, como a advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, bem como a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

Insta, ressaltar que a sanção somente será aplicada após instaurado um processo administrativo sendo concedido o contraditório e a ampla defesa ao contratado.

4. Princípios

Em seu art. 1º a Constituição Federal de 1988 prevê que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, sendo que cada ente político é dotado de autonomia política, administrativa e financeira. Trata-se, portanto, do Princípio constitucional da autonomia político-administrativa dos entes federativos. Dito isto, entende-se que cada ente político é perfeitamente capaz de criar normas legais, que possam tratar das penalidades administrativas atinentes ao procedimento licitatório. No entanto, essa autonomia é relativa, pois o exercício da autonomia deve observar as disposições preconizadas na Constituição Federal de 1988.

Este dispositivo legal acaba por violar o disposto no art. 7º da Lei Federal nº 10.520/02, devendo a penalidade de suspensão do direito de licitar ficar restrito ao órgão sancionador, não se estendendo a todos os entes políticos.

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

(BRASIL, Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em:
<

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm>
Acesso em: 10 de fev. de 2020).

Entende-se também como uma violação do artigo 3º, § 1º inc. I da lei n. 8.666/93, em se admitir cláusula ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem competitividade entre os licitantes.

Em tela, não caberia deixar de suscitar o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, este também não esboçado na carta magna, mas de fundamental importância por tratarmos de matéria de Direito Público. A este princípio, deve-se prevalecer o primeiro, respeitando ainda assim os direitos e garantias individuais constantes na Constituição Federal. As medidas sancionadoras acabam por ferir os direitos fundamentais, em face de garantir o interesse público sobre o particular.

A Constituição Federal em seu art. 5, XLVI regula a individualização da pena, como: privação de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa, suspensão ou interdição de direitos. Este artigo, elucida o chamado princípio da individualização da pena, consiste que “o legislador ordinário deve ao regular a imposição da pena levando em conta as características pessoais do infrator [...]” (PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo, 2008, p. 158).

Neste norte, o princípio da individualização da pena, bem explana a importância dada ao legislador em regular penalidade específica, atribuindo assim, à luz do art. 87, da Lei nº 8.666/93, um elenco de sanções administrativas que em caso de descumprimento contratual pela contratada podem vir a serem aplicadas de acordo com a infração cometida, individualizando assim, de forma específica e contundente, qual pena deverá ser aplicada.

O edital é a lei interna da licitação, em face disto, surge o princípio da vinculação do instrumento convocatório, em que todas as normas e condições da licitação devem estar estritamente vinculadas ao instrumento convocatório. Essa exigência está expressa no art. 41 da Lei nº 8.666/1993. Para tanto, é assegurado por esta Lei a qualquer cidadão o direito de impugnar o edital de licitação por ilegalidade.

Em tratar-se do princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade, este não está plasmado no texto constitucional, mas considerados princípios gerais e aplicados em todos os ramos do Direito.

Na seara do Direito Administrativo, este princípio, encontra-se aplicação no controle de atos discricionários referentes à imposição de sanções administrativas.

O princípio da razoabilidade tem por fundamento o de aferir os meios empregados e os fins empregados na prática de um ato administrativo buscando não agir de modo arbitrário, desnecessário e abusivo.

O princípio da proporcionalidade, também conhecido como o princípio da proibição dos excessos, segue o mesmo norte, por ser uma das vertentes do princípio da razoabilidade, em que trata da proporcionalidade dos meios empregados aos fins a se alcançar. Isto, nada mais é do que uma dosimetria da pena.

Assim sendo, no que concerne ao princípio da razoabilidade, a Jurisprudência do STJ é bem clara, no julgamento do MS nº 7.311/DF:

“Mandado de Segurança. Declaração de Inidoneidade. Descumprimento do Contrato Administrativo. Culpa da Empresa Contratada. Impossibilidade de Aplicação da Penalidade mais Grave a Comportamento que não é o mais Grave. Ressalva a Aplicação de Outra Sanção pelo Poder Público.

Não é ilícito ao Poder Público, diante da imprecisão da lei, aplicar os incisos do artigo 87 sem qualquer critério. Como se pode observar pela leitura do dispositivo, há uma gradação entre as sanções. Embora não esteja o administrador submetido ao princípio da pena específica, vigora no Direito Administrativo o princípio da proporcionalidade.

Não se questiona, pois, a responsabilidade civil da empresa pelos danos, mas apenas a necessidade de imposição de mais grave sanção a conduta que, embora tenha causado grande prejuízo, não é o mais grave comportamento.”

Jurisprudência do STJ

“2. Aplicação do princípio da razoabilidade. Inexistência de demonstração de prejuízo para a Administração pelo atraso na entrega do objeto contratado.

3. Aceitação implícita da Administração Pública ao receber parte da mercadoria com atraso, sem lançar nenhum protesto.

4. Contrato para o fornecimento de 48.000 fogareiros, no valor de R\$ 46.080,00 com entrega prevista em 30 dias. Cumprimento integral do contrato de forma parcelada em 60 e 150 dias, com informação prévia à Administração Pública das dificuldades enfrentadas em face de problemas de mercado.

5. Nenhuma demonstração de insatisfação e de prejuízo por parte da Administração.

6. Recurso especial não-provido, confirmando-se o acórdão que afastou a pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimentos de contratar com o Ministério..., pelo prazo de 6 (seis) meses." (REsp nº 914.087, 1ªT., rel. Min. José Delgado, j. em 4.10.2007, DJ de 29.10.2007)

(JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª edição. Editora Dialética. São Paulo. 2010, p. 884).

5. Espécies de sanções administrativas

Segundo a Lei Federal nº 8.666/93, em seu artigo 87 e seus incisos, acolhem quatro espécies de sanções administrativas, sendo elas: advertência, multa, suspensão temporária de participar de licitação e contratar com a Administração, declaração de inidoneidade de para licitar ou contratar com a Administração Pública, cabendo a se considerar também a rescisão unilateral.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

(BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm> Acesso em: 10 de fev. de 2020).

Neste mesmo entendimento a Lei nº 10.049/2019 que regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica traz à baila em seu art. 49 as sanções aplicadas quanto ao impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública.

Art. 49. Ficará impedido de licitar e de contratar com a União e será descredenciado no Sicaf, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais, garantido o direito à ampla defesa, o licitante que, convocado dentro do prazo de validade de sua proposta:

- I - não assinar o contrato ou a ata de registro de preços;
- II - não entregar a documentação exigida no edital;
- III - apresentar documentação falsa;
- IV - causar o atraso na execução do objeto;
- V - não mantiver a proposta;
- VI - falhar na execução do contrato;
- VII - fraudar a execução do contrato;

VIII - comportar-se de modo inidôneo;

IX - declarar informações falsas; e

X - cometer fraude fiscal.

§ 1º As sanções descritas no **caput** também se aplicam aos integrantes do cadastro de reserva, em pregão para registro de preços que, convocados, não honrarem o compromisso assumido sem justificativa ou com justificativa recusada pela administração pública.

§ 2º As sanções serão registradas e publicadas no Sicaf.

(BRASIL, Lei nº 10.024, de 20 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10024.htm> Acesso em: 10 de fev. de 2020).

5.1 Advertência

A advertência trata-se de uma lesão mais leve, de menor gravidade, como a inexecução parcial de deveres. Nesta, cabe uma fiscalização mais atenta da atividade do particular, bem como em caso de reincidência cabendo assim uma punição mais severa.

5.2 Multa

Disciplinada no artigo 86 da Lei 8.666/93, no entanto há uma discussão quanto à obrigatoriedade de que esteja previsto no edital.

Segundo a Jurisprudência do STJ:

“Inviável a aplicação de penalidade ao adjudicatário que se recusa a assinar o contrato (Lei 8.666/93, art. 81) sem que ela tenha sido prevista no edital (art. 40, III, do referido diploma legal)” (Resp nº 709.378/PE, 1ª T., rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 21.10.2008, DJe de 3.11.2008)

5.3 Suspensão temporária

A suspensão temporária é considerada de maior gravidade abrangidas de acordo com a gestão do órgão contratante, da autoridade hierárquica superior do órgão, produzindo efeitos no órgão em que a aplicasse. Essa penalidade tem o intuito de impedir de o licitante de participar de certames licitatórios, bem como de contratar com o ente público.

O prazo máximo previsto no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/93 é o de 02 (dois) anos, o que não impede de a Administração estabelecer prazo inferior como penalidade.

O STJ expressa que não há o que se permitir uma empresa suspensa em outro ente federado quanto a sua participação em licitações, conforme preconiza:

“A punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que determinou a punição, mas a toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária” (REsp nº 174.247/SP, 2ª T. rel. Min. Castro Meira, DJ de 22.11.2004)

“Não há como o município, órgão da Administração Pública, aceitar a participação em licitação de empresa suspensa temporariamente por órgão fundacional estadual” (REsp nº 151.567/RJ, 2ª T., rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. em 25.02.2003, DJ de 14.04.2003)

(JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª edição. Editora Dialética. São Paulo. 2010, p. 893).

Jurisprudência do STJ – entendimento da identidade da eficácia.

5.4 Declaração de inidoneidade

Infração considerada gravíssima, em que se é declarado inidôneo, não sendo possível participar de licitações, bem como de contratar com o Poder Público. Produz efeitos no âmbito de todos os órgãos da Administração Pública.

5.5 Rescisão unilateral

Embora tenha gerado uma expectativa de direito por parte das empresas ao participarem de licitações, a Administração Pública pode a qualquer momento rescindir o contrato administrativo, desde que devidamente justificado.

Assim sendo, segundo o entendimento do STJ:

“Pode a Administração rescindir o contrato em razão de descumprimento de uma de suas cláusulas e ainda imputar penalidade ao contratado descumpridor. Todavia a retenção do pagamento devido, por não constar do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93, ofende o princípio da legalidade, insculpido na Carta Magna.” (AgRg no AI nº 1.030.498/RO, 2ª T., rel. Min. Castro Meira, j. em 9.09.2008, DJe de 10.10.2008)

(JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª edição. Editora Dialética. São Paulo. 2010, p. 882).

6. Dosimetria da pena

A dosimetria das sanções a serem aplicadas aos licitantes que descumprem o contrato torna-se fundamental para mensurar a gravidade do ato por eles praticados. No tocante, quanto aos prejuízos relevantes ou não por eles causados, como o atraso na entrega do material ou da prestação do serviço; a conduta culposa da contratada caracterizado pela não entrega ou entrega parcial e que acarretem prejuízos ao Poder Público, ou mesmo, a aplicação de pena decorrente de conduta culposa ou dolosa que acarretem prejuízos à Administração Pública.

Neste cenário, extraímos de um edital licitatório de Pregão Eletrônico de um órgão da Administração Pública que qualifica de forma gradativa as penalidades, prevendo as hipóteses em que as sanções devem a ser aplicadas:

Para fins de aplicação de qualquer das sanções estabelecidas acima, as possíveis faltas cometidas pela contratada assim são definidas:

I – FALTAS LEVES: puníveis com a aplicação da penalidade de advertência e multas, caracterizadas pelo atraso na entrega dos materiais, assim entendidos como aqueles que não acarretam prejuízos relevantes ao cumprimento da obrigação

e a despeito deles, a regular entrega dos materiais não fica inviabilizada;

II – FALTAS GRAVES: puníveis com a aplicação da penalidade de multa, caracterizadas pela não entrega ou entrega parcial que acarretam prejuízos ao objeto contratado, inviabilizando total ou parcialmente o cumprimento da obrigação em decorrência de conduta culposa da contratada;

III – FALTAS GRAVÍSSIMAS: Puníveis com a aplicação das penalidades de multas e impedimento de licitar e contratar com a União, Distrito Federal, Estados ou Municípios pelo prazo de até 2 (dois) anos, caracterizadas pela não entrega ou entrega parcial que acarretam prejuízos relevantes ao objeto contratado, inviabilizando o cumprimento da obrigação em decorrência de conduta culposa ou dolosa da contratada. (EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO – SMS Nº 031/2020. Registro de preços para aquisição de medicamentos. Prefeitura Municipal de Salvador. Secretaria Municipal da Saúde. Salvador. 2020, p. 19).

Entende-se, assim, o quanto é fundamental a dosimetria de aplicação da pena através do edital, que é a lei interna da licitação, onde deve ser respeitado diante das normas ali escritas, desde que estejam dentro da lei. Nestes termos, temos o princípio da vinculação do instrumento convocatório, no qual o participante da licitação e possível contratado pela Administração deve observar as cláusulas contempladas no edital. Uma vez descumpridas essas cláusulas, no tocante, quanto a execução do contrato, caberá ao contratado assumir e ser responsabilizado pela inexecução contratual.

Salienta-se que no universo das sanções elas não se acumulam entre si, cada uma possuem características únicas, como bem retrata a carta magna em seu art. 5, XLVI, onde regula a individualização da pena.

A Lei geral de Licitações trata em seu artigo 78 de razões quanto à rescisão do contrato que tragam risco para a Administração, desde que respeitado o contraditório, a ampla defesa:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

[...]

XII — razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento,

justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa

a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato.

(BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em:

<

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm> Acesso em: 10 de fev. de 2020).

Diante deste contexto, temos a pena da suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, preconizada no Inciso III, art 87 a Lei 8.666/93. Esta sanção administrativa, penalidade considerada de maior gravidade, é aplicada pelo prazo máximo de até 2 (dois) anos pela não entrega ou entrega parcial que acarretam prejuízos relevantes ao objeto contratado decorrente de conduta culposa ou dolosa da contratada.

Insta salientar, que a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, e em seu artigo 47, § 2, determina sanções administrativas, criminais e regras previstas no Capítulo IV da Lei nº 8.666/93.

A Lei do RDC traz inovações quanto à pena de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios pelo prazo de cinco anos, ampliando o prazo que antes não poderia ser o prazo de até dois anos, conforme o artigo 87, III, da Lei nº 8.666/93 para cinco anos, deixando claro que essa penalidade atinge todos os entes públicos.

Ainda assim, outra inovação na Lei do RDC, em seu §1 do artigo 47, em que estabelece quando da aplicação da suspensão do direito de licitar e contratar ocorrerá ainda o descredenciamento do licitante pelo prazo de cinco anos dos sistemas de cadastramento dos entes federativos que compõem a Autoridade Pública Olímpica.

As penalidades deverão obrigatoriamente de acordo com o regulamento do RDC serem registradas no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, conforme dispõe o artigo 11, § 2 da RDC.

Neste prisma, entende-se o quanto torna-se necessário uma dosimetria de aplicação da pena, com o intuito de preservar e garantir a integridade, qualidade das obras, bens adquiridos, prestação de serviços no órgão público.

7. Conclusão

Embora haja uma discussão se uma empresa suspensa do direito de licitar em outra instância poderá participar de licitações, já há um entendimento quanto à possibilidade de que essas empresas possam participar de licitações em outras esferas.

Ainda assim, torna-se necessário uma comunicabilidade entre as instâncias na Administração Pública, no sentido de gerar um cadastro geral de fornecedores penalizados de acordo com o tipo de suspensão.

Destarte, não é um entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência, mas observa-se uma tendência de ampliar a abrangência a todos os órgãos e entes da administração. O objetivo dessa abrangência é o de impedir a contratação de empresas incapazes de prestar serviços na quantidade e qualidade exigidas pelo interesse público.

Outrossim, em respeito ao princípio do interesse público sobre o particular a Administração Pública, não deve fazer ficar de mãos atadas diante de ato ilegal que possa ensejar na aplicação dessas sanções administrativas, devendo ser sempre observado o princípio do contraditório e o da ampla defesa pelos licitantes.

Assim, cabe ainda a necessidade de estar previsto no edital cláusulas que mensurem o tipo de descumprimento das obrigações contratuais, de modo que se possa efetivamente sancionar as empresas inaptas a prestar a venda de bens ou mesmo prestar serviço ao órgão público.

Neste sentido, em respeito ao princípio da vinculação do instrumento convocatório, há uma necessidade de incluir cláusulas sancionatórias na minuta do contrato que visem resguardar ao ente público diante das obrigações por participantes de licitações.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 24. ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2015.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm > Acesso em: 10 de fev. de 2020.

BRASIL, **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm> Acesso em: 10 de fev. de 2020.

BRASIL, **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm> Acesso em: 10 de fev. de 2020.

BRASIL, **Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011**. Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462compilado.htm > Acesso em: 10 de fev. de 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26ª edição. Editora Atlas S.A.. São Paulo. 2013.

EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO – SMS Nº 031/2020. **Registro de preços para aquisição de medicamentos**. Prefeitura Municipal de Salvador. Secretaria Municipal da Saúde. Salvador. 2020, p. 19. Disponível em: < <http://www.compras.salvador.ba.gov.br/memorial/EDITAL031-2020.pdf>> Acesso em: 10 de fev. de 2020.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos: Casos e Polêmicas**. 2ª edição. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14ª edição. Editora Dialética. São Paulo. 2010.

MEIRELES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15ª edição. Editora Malheiros. São Paulo. 1990.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado**. 16ª edição. Editora Método. São Paulo. 2008.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 2ª edição. Editora Impetus. Rio de Janeiro. 2008.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O DIREITO: O PANÓPTICO DIGITAL

MARIO AUGUSTO CARVALHO DE FIGUEIREDO:

Graduado em Direito pela ITE/Bauru-SP. Defensor Público do Estado de São Paulo desde 2013. Mestrando em Direito pela PUC/SP

RESUMO: O presente trabalho busca, a partir de uma breve análise histórica, apontar a relação da tecnologia da inteligência artificial com o direito, sobretudo nas relações de consumo. A pretensão é justamente verificar como a aplicação dessa tecnologia da informação é empregada, bem como o reflexo dessa exposição dos consumidores que são, sem qualquer consentimento, integrados nessa relação. Para tanto, foram analisadas doutrinas, textos em áreas variadas, e, em especial, legislações que pudessem regular o tema. Por meio de tal análise chegou-se à conclusão de que, não obstante certo avanço, ainda se mostra necessária a regulamentação específica do tema.

Palavras-chave: Inteligência Artificial. Exposição de Consumidores. Publicidade Direcionada.

1 Introdução

Inteligência artificial é a inteligência similar à humana exibida por mecanismos ou software. Trata-se de um sistema que percebe seu ambiente e toma atitudes que maximizam suas chances de sucesso.

Como se sabe, a ferramenta da tecnológica denominada inteligência artificial ou computação cognitiva é cada vez mais utilizada como forma de otimizar os resultados pretendidos. Nesse mesmo contexto, temos a figura do consumidor que, muitas vezes sem ter conhecimento, é exposto e estabelece diversas relações em que se utiliza desse instrumento da tecnologia.

Ocorre que já não é novidade que esse tipo de serviço tenha causado danos (físicos e morais) a consumidores, bem como apresentado resultados inesperados da sua destinação.

Pode-se citar o caso Tay, o perfil de inteligência artificial criado pela Microsoft para interagir com adolescentes nas redes sociais, que foi tirado do ar menos de 24 horas depois de ser ativado. O robô, que deveria se tornar mais esperto e perspicaz ao conversar com os humanos, rapidamente passou a reproduzir o racismo e a ignorância dos "trolls" da internet. Instigada por usuários no Twitter, Tay usou termos impúblicáveis para se referir a negros e mulheres,

declarou suporte ao genocídio e demonstrou apoio à causa dos supremacistas brancos. "O Holocausto aconteceu?", perguntou um usuário. "Ele foi inventado", declarou a "inteligência artificial", que postou um emoticon de aplauso em seguida.

O Google pediu desculpas depois que um programa de reconhecimento facial do novo aplicativo de fotos, o Google Photos, incluiu legenda "gorilas" na imagem de um casal de negros. Um diretor do Google, Yonatan Zuner, atribuiu o erro à inteligência artificial responsável por "aprender" a reconhecer lugares, pessoas e objetos nas fotografias.

E recentemente o Facebook desligou um de seus projetos de inteligência artificial, após descobrirem que seus chatbots estavam criando sua própria linguagem para comunicação. Os chatbots são programas de computador criados para simular a conversa com seres humanos, especialmente por meio da internet. Os chatbots Alice e Bob criaram um idioma próprio e passaram a agir de forma diferente da que foi descrita por seus programadores no início do projeto. Os pesquisadores identificaram que a dupla de chatbots desenvolveu uma forma própria de se comunicar, utilizando padrões e repetições de palavras em inglês.

Outro caso recente levou Mark Zuckerberg, executivo-chefe do Facebook, a participar de uma audiência dos Comitês de Justiça e de Comércio do Senado dos Estados Unidos (EUA) para explicar aos membros do Congresso como as informações pessoais detalhadas de até 87 milhões de usuários do Facebook foram parar nas mãos de uma empresa que desenvolve perfil de eleitores chamada Cambridge Analytica. A mesma manipulação foi constatada no referendo Brexit de 2016.

Situação que causa grande preocupação, à medida que nossas vidas se tornam cada vez mais digitais, é a manipulação populacional em massa, uma vez que fica cada vez mais fácil a publicidade direcionada, utilizando-se do nosso "rastro digital", que imprime todas as nossas predileções e perfil psicológico.

Analisando a utilização de informação digital como vetor de controle psicológico, François Chollet, em artigo intitulado "What worries me about AI", é categórico em afirmar que:

Integrada ao longo de muitos anos de exposição, a curadoria algorítmica da informação que consumimos dá aos algoritmos um considerável poder sobre nossas vidas - sobre quem somos, quem nos tornamos. Se o Facebook decidir, ao

longo de muitos anos, quais notícias você verá (reais ou falsas), quais atualizações de status político você verá e quem verá as suas, o Facebook estará em vigor no controle de sua visão de mundo e suas crenças políticas. O negócio do Facebook está em influenciar pessoas. É o que o serviço vende aos seus clientes - anunciantes, incluindo anunciantes políticos. Como tal, o Facebook construiu um mecanismo algorítmico afinado que faz exatamente isso. Este mecanismo não é apenas capaz de influenciar sua visão de uma marca ou sua próxima compra de alto-falante inteligente. Pode influenciar o seu humor, ajustando o conteúdo que lhe alimenta, a fim de torná-lo irritado ou feliz, à vontade. Pode até ser capaz de balançar eleições (tradução livre).

Assim, o presente trabalho visa analisar, após um breve relato histórico, qual seria a legislação aplicável em casos de utilização indevida de dados de consumidores, bem como eventuais julgados por Tribunais Superiores, em situações que se utilizaram da ferramenta da inteligência artificial.

2 Uma breve evolução histórica

A revolução da inteligência artificial pode ser comparada a revolução industrial, na capacidade de mudança das relações de emprego e de consumo.

Embora se tenha uma pequena controvérsia, estudiosos apontam o período da segunda guerra mundial, diante da necessidade do avanço tecnológico, como o início do desenvolvimento da tecnologia da inteligência artificial.

No período da segunda guerra, destaca-se o matemático Alan Turing, responsável por acelerar o processo de quebra do código da máquina Enigma, que visava desvendar como os alemães se comunicavam durante a Segunda Guerra Mundial – episódio retratado no filme Jogo da Imitação. O matemático também foi responsável pela criação, aos 24 anos de idade, do teste de Turing: responsável por verificar a capacidade de uma máquina exibir comportamento inteligente equivalente a um ser humano, ou indistinguível deste.

Em 1956, o tema da inteligência artificial foi detalhado em um congresso pelo professor John McCarthy, da Universidade Stanford. Ele começou a usar o termo na conferência que fez na Faculdade de Dartmouth, em New Hampshire. O encontro é considerado por muitos como o grande marco da inteligência artificial, oportunidade em que foi consagrada essa denominação.

Foi na década de 60 que se pode creditar o grande avanço da inteligência artificial voltada para linha psicológica - especificamente no comportamento humano, tais como o pensamento e a compreensão da linguagem, através do computador.

Nesse período deu-se o surgimento do software ELIZA, o primeiro para simulação de diálogos, os chamados "robôs de conversação", criado no MIT, em 1966 por Joseph Weizenbaum. Trata-se de um programa ainda singelo que, usando técnicas de Inteligência Artificial, simulava um diálogo entre paciente e psicólogo - utilizando as frases do paciente para formular novas perguntas.

Já no ano de 1979, Hans Berliner criou um programa de computador denominado BKG 9.8, que deu origem a uma das primeiras disputas entre humanos e computadores em jogos, que teve ampla cobertura da mídia:

A disputa ocorreu em 15 de julho de 1979, quando o programa de computador BKG 9.8, que fora criado para jogar xadrez, descobriu outra aptidão, o gamão. A máquina foi convidada para competir contra o então campeão mundial do jogo, o italiano Luigi Villa. O campeão mundial foi surpreendido e acabou perdendo por 7 a 1 para o BKG 9.8, o que fez com que seu criador, o professor de ciências da computação Hans Berliner, levasse US\$ 5.000 para casa.

Outro caso emblemático que marcou a história da inteligência artificial se deu no célebre enfrentamento entre o computador Deep Blue e o campeão mundial de xadrez Garri Kaspárov, já nos anos 90.

O confronto foi retrato da seguinte forma pela Folha de São Paulo (11/05/1997):

O confronto de seis partidas entre o campeão mundial de xadrez Garry Kasparov e o computador da IBM Deep Blue termina hoje à tarde, em Nova York, nos EUA, em ambiente de final de Campeonato Brasileiro de futebol. O clima entre o enxadrista russo Kasparov e a equipe de seis assessores do norte-americano Deep Blue está mais do que tenso. O foco de divergência foi o segundo jogo do duelo, vencido pelo computador da IBM. Depois daquela partida, Kasparov chegou a insinuar que Deep Blue estaria tendo ajuda humana.

Os comentários do campeão irritaram a equipe da IBM. Chung-jen Tan, um dos principais pesquisadores da empresa, defendeu-a das insinuações e afirmou que a supremacia do computador é só questão de tempo. Em entrevista exclusiva à Folha, Tan diz achar que a "manha" do Deep Blue foi a razão do descontrole que o campeão mostrou após a segunda partida. Até ontem, a série estava empatada em 2 a 2, com uma vitória para cada lado e dois empates. A quinta partida estava marcada para as 16h de Brasília de ontem.

Em que pese toda a evolução já retratada, pode-se afirmar que é a partir dos anos 2000 que se inicia a fase mais criativa e até mesmo perturbadora de desenvolvimento da inteligência artificial: um computador assume o volante de um veículo (2005); IBM Watson vence desafio Jeopardy, uma das mais famosas competições de perguntas dos Estados Unidos (2011); pela primeira vez no mundo, computador engana pessoas e passa no teste de Turing (2014); Microsoft lança Tay, robô que interage com as pessoas nas redes sociais (2016); e inteligência artificial Libratus consegue vencer 4 profissionais no pôquer (2017).

Como uma grande inovação do ano de 2018, podemos citar o lançamento pelo Google, em seu evento anual Google I/O, da tecnologia de inteligência artificial que tem a capacidade de escrever e-mails e realizar ligações telefônicas para realizar tarefas cotidianas.

Segundo pode se extrair dos relatos acima, verifica-se que só foram destacados alguns dos principais eventos que envolveram a ferramenta da inteligência artificial nos últimos anos, já que a história se mostra muito mais vasta e poderia ser objeto de um estudo específico.

Com isso, é notório que hodiernamente temos uma sociedade em que a Inteligência artificial, de tão corriqueira na nossa realidade, passa completamente despercebida, mas se faz presente nas tarefas diárias. Estando presente nos sistemas de controle de veículos, nas assistentes pessoais (como a Cortana, a Alexa e a Siri), nos sistemas de tradução e comunicação de longa distância, nas ofertas de vídeos de streaming, nas tão utilizadas redes sociais e sistema de reconhecimento facial, dentre uma infinidade de chatbots, que oferece um sistema de atendimento automático.

Ocorre que embora a inteligência artificial tente passar despercebida nas situações acima citadas, é na manipulação populacional (ideológica e

comercial) que ela parece não encontrar limites, já que se utiliza de forma indevida (sem consentimento) de dados de usuários, buscando influenciar suas crenças políticas e necessidades de consumo.

Peter Eckersley, cientista computacional chefe da Electronic Frontier Foundation, organização sem fins lucrativos que lida com direitos digitais, afirma que:

“O Facebook pode ficar sabendo quase tudo sobre você, usando inteligência artificial para analisar seu comportamento. Essa informação acaba sendo perfeita tanto para publicidade quanto para a propaganda. Será que algum dia ele vai evitar a coleta de dados sobre as visões políticas ou outros fatos sensíveis das pessoas?”

Assim, o estudo da coleta indevida de dados digitais de usuários e a utilização dessas informações como vetor de controle psicológico (ideológico e comercial) é problema de grande relevância, tema que pretendemos abordar no presente trabalho.

3 Legislação aplicável nas relações de consumo no âmbito virtual

Inicialmente, pretende-se analisar a perspectiva do tema proposto com enfoque no Código de Defesa do Consumidor.

Após, será analisado o Decreto 7.962/13, editado com a finalidade de preencher algumas lacunas deixadas pelo CDC nas relações digitais.

E por fim, lançaremos alguns comentários ao Projeto de Lei do Senado nº 281, de 2012, que visa alterar a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), tratando do comércio eletrônico.

3.1 Código de Defesa do Consumidor

No que diz respeito à legislação aplicável às relações de consumo no âmbito virtual, por óbvio que o CDC se mostra como protagonista na defesa do consumidor.

O artigo 29 do mencionado estatuto, com uma redação muito sábia, parece ser o principal fundamento que legitima a sua aplicabilidade e proteção nas

situações de exposição de consumidores a publicidade direcionada, bem como para a proibição da utilização de forma indevida (sem consentimento) de dados pessoais.

A propósito: “Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

Regulamentando a oferta de produtos e serviços, disciplina o artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor que:

“A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. ”

Em se tratando da oferta de produtos e serviços no ambiente virtual, também deverá obedecer aos parâmetros estabelecidos no CDC, assegurando as informações corretas, claras e precisas, não podendo se aproveitar de dados compilados por meio de mecanismo algorítmico, a fim de influenciar o consumidor de forma indevida.

Com relação a clareza e a consciência de que o consumidor deve ter ao ser exposto a publicidade, o artigo 36 do CDC estabelece que: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.”

Ocorre que o artigo 36 do CDC não vem sendo respeitado no ambiente virtual, uma vez que os sites e redes sociais se utilizam de informações pessoais coletadas por intermédio da tecnologia da inteligência artificial e, sem o consentimento do consumidor, tentam influenciar ele com publicidade direcionada.

Da simples leitura dos mencionados artigos, denota-se a preocupação do legislador em proteger o consumidor de ser induzido a um consumo prejudicial, proibindo a publicidade enganosa ou abusiva.

Quanto ao tema, temos o seguinte ensinamento:

“A vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo virtual, alcança a jurídica, a fática, e prospera muito mais na

informativa e na técnica, gerenciadores de e-mails, antivírus etc). Ademais, o consumidor está sujeito a outros elementos do ambiente virtual, e que podem de alguma forma afetar o processo de contratação via internet. Por exemplo: pela ação de maliciosos programas de computador disseminados na internet: vírus, spywares, blackdoors, keyloggers, worms, dentre outros; desenvolvidos por agentes experts da informática: hackers e crackers.” (SILVA & SANTOS, 2013, p.3)

Já com relação a compilação de dados pessoais pelo sistema de inteligência artificial, pode-se aplicar, de forma analógica, o artigo 43 do CDC, uma vez que determina que o consumidor tem o direito ao acesso às informações que constem em qualquer cadastro, banco de dados ou fichas relativas a si, e ainda sobre suas fontes, podendo-se exigir a correção de qualquer informação total ou parcialmente equivocada.

Ora, se é lícito ao consumidor ter pleno acesso às informações que constem em qualquer cadastro de entidades instituídas por Lei, não faria qualquer sentido lhe impedir o acesso de seus dados coletados (muitas vezes sem o seu consentimento) por empresas ou entidade com finalidade de influenciar o seu consumo ou comportamento.

Assim, após essa breve análise de alguns dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, verifica-se possível evocar a mencionada legislação como forma de proteção do consumidor no âmbito virtual, tanto para impedir a coleta indevida (sem consentimento) de dados pessoais, bem como proibir a publicidade abusiva.

3.2 Decreto 7.962/13

Em que pese a capacidade de abrangência do Código de Defesa do Consumidor, ficou claro que a mencionada legislação não foi editada com a finalidade de regular as relações estabelecidas no âmbito virtual, até mesmo pela data da sua edição. Assim, em 15 de março de 2013, foi sancionado o Decreto-Lei nº 7.962, que regulamenta o CDC, trazendo normas específicas para o comércio eletrônico.

O Decreto em comento buscou regulamentar a contratação no ambiente virtual, tendo por principal finalidade a identificação das partes nessa relação desigual.

O artigo 1º do Decreto é bastante elucidativo, elencando quais são os três pilares de proteção, relacionados com o direito de informação, com a facilitação do atendimento, bem como o direito de arrependimento.

Nesse sentido:

Art. 1º Este Decreto regulamenta a Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico, abrangendo os seguintes aspectos:

I - informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor;

II - atendimento facilitado ao consumidor;

e III - respeito ao direito de arrependimento.

Em apertada síntese, verifica-se que o Decreto aborda a necessidade de exibir, aos visitantes e clientes, informações claras sobre os produtos, serviços e fornecedores; prestar um atendimento facilitado ao consumidor; e garantir o exercício do direito de arrependimento.

Analisando a finalidade do Decreto, Rosane Leal da Silva leciona que:

“O escopo de tal decreto é dispor sobre as informações que devem estar à disposição do consumidor sobre o próprio fornecedor, os serviços ou produtos que serão negociados; facilitação do atendimento do consumidor e garantia do direito ao arrependimento”.

Assim, tem-se que mencionado Decreto buscou facilitar a identificação de com quem se contrata, bem como as condições do contrato, não adentrando no campo da publicidade dirigida, bem como da compilação de dados pessoais.

3.3 Projeto de Lei do Senado nº 281, de 2012

No que diz respeito ao Projeto de Lei do Senado nº 281, de 2012, trata-se de proposta legislativa que busca alterar a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC), com a finalidade de adaptá-lo ao comércio eletrônico.

Em pesquisa realizada no site do Senado Federal, pode-se encontrar a seguinte ementa:

Altera a Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor – para aperfeiçoar as disposições gerais constantes do Capítulo I do Título I, estabelecendo que as normas e os negócios jurídicos devem ser interpretados e integrados da maneira mais favorável ao consumidor e dispor sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico, visando a fortalecer a sua confiança e assegurar tutela efetiva, preservar a segurança nas transações, a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais; as normas aplicam-se às atividades desenvolvidas pelos fornecedores de produtos ou serviços por meio eletrônico ou similar; estabelece que o consumidor pode desistir da contratação a distância, no prazo de sete dias a contar da aceitação da oferta ou do recebimento ou disponibilidade do produto ou serviço; dispõe que caso o consumidor exerça o direito de arrependimento, os contratos acessórios de crédito são automaticamente rescindidos, sem qualquer custo para o consumidor; tipifica como infração penal o ato de veicular, hospedar, exibir, licenciar, alienar, utilizar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem a expressa autorização de seu titular e consentimento informado, salvo exceções legais.

O Projeto de Lei do Senado- PLS nº281/2012 de autoria do Senador José Sarney, cria uma nova seção no Código de Defesa do Consumidor, tratando da divulgação dos dados do fornecedor, da proibição de spams, do direito de arrependimento da compra, mais proteção do consumidor no comércio internacional e das penas para práticas abusivas contra o consumidor.

Ocorre que o mencionado projeto de lei já teve sua aprovação pelo plenário do Senado Federal, sendo remetido em 04/11/2015 à Câmara dos Deputados, local em que permanece aguardando apreciação.

Correlacionando o Projeto de lei com o tema em comento, imperioso citar a modificação do artigo 6º do CDC, incluindo entre os direitos básicos do consumidor os incisos XI e XII:

XI - a **privacidade e a segurança das informações e dados pessoais** prestados ou coletados, por qualquer meio, **inclusive o eletrônico**, assim como o acesso gratuito do consumidor a estes e a suas fontes; (grifo nosso).

XII - a **liberdade de escolha**, em especial frente a novas tecnologias e redes de dados, vedada qualquer forma de discriminação e **assédio de consumo**; (grifo nosso).

Verifica-se, de forma salutar, a inclusão da privacidade e segurança dos dados pessoais coletados por qualquer meio, inclusive eletrônico, bem como a liberdade de escolha, proibindo qualquer forma de assédio de consumo, situações que, conforme amplamente exposto, não estão sendo respeitados no cenário atual.

Nesse mesmo diapasão, o artigo 45-A trata da autodeterminação e privacidade de dados, também colidindo com as práticas adotadas de publicidade dirigida e coleta indiscriminada de dados do usuário.

Conforme pode-se extrair:

“Art. 45-A. Esta seção dispõe sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico e a distância, visando a fortalecer sua confiança e assegurar sua tutela efetiva, mediante a diminuição da assimetria de informações, a preservação da segurança nas transações e a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais.”

Já o artigo 45-F, acertadamente, veda ao fornecedor de produto e serviço o envio de mensagem eletrônica ou publicidade não solicitada ao consumidor:

“Art. 45-F. É vedado ao fornecedor de produto ou serviço enviar mensagem eletrônica não solicitada a destinatário que:

I - não possua relação de consumo anterior com o fornecedor e não tenha manifestado consentimento prévio e expresso em recebê-la;

(...)

§ 1º Se houver prévia relação de consumo entre o remetente e o destinatário, admite-se o envio de mensagem não

solicitada, desde que o consumidor tenha tido oportunidade de recusá-la.

§ 2º O fornecedor deve informar ao destinatário, em cada mensagem enviada:

I - o meio adequado, simplificado, seguro e eficaz que lhe permita, a qualquer momento, recusar, sem ônus, o envio de novas mensagens eletrônicas não solicitadas;

II - o modo como obteve seus dados.

§ 4º Para os fins desta seção, entende-se por mensagem eletrônica não solicitada aquela relacionada a oferta ou publicidade de produto ou serviço e enviada por correio eletrônico **ou meio similar** (grifo nosso).

Com efeito, ao analisar todo o texto do artigo 45-F, tem-se que o projeto de Lei prestigia o consentimento prévio para o recebimento de publicidade, bem como o § 4º engloba justamente as práticas de publicidade direcionadas realizadas por diversas redes sociais e sites da internet, em que garimpam informações pessoais do consumidor para, depois, dirigir todo o tipo de publicidade – buscando influenciar a conduta deste.

Assim, ao nosso ver, a aprovação do projeto de Lei em comento, embora tardia, poderia em muito auxiliar na proteção do consumidor nos temas tratados no presente trabalho, tanto na coleta indevida (sem consentimento) de dados pessoais de usuários, bem como na publicidade dirigida que se utiliza de informações privilegiadas para exercer influência.

4 Pesquisa nominal nos Tribunais Superiores quanto ao tema da inteligência artificial

Por incrível que possa parecer, em pesquisas realizadas (25/06/2018) nos sites do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, buscando especificamente as palavras “inteligência artificial”, não foi encontrado qualquer julgado relacionado ao tema.

É importante mencionar que as pesquisas visaram encontrar julgados que contivessem expressamente a menção do tema da inteligência artificial, não se

desdobrando em temas correlacionados, como responsabilidade civil decorrente de utilização indevida de rede social e temas afetos.

Com efeito, o presente estudo se limitou a uma singela pesquisa nominal do tema da inteligência artificial, sendo que eventualmente poderá ser encontrado algum julgado relacionado com a utilização indevida de dados de consumidores, mas que não faz qualquer menção a tecnologia da inteligência artificial.

5. Conclusão

A utilização da inteligência artificial tem se mostrado uma poderosa ferramenta para imprimir modelos psicológicos de indivíduos e grupos, tornando uma tarefa muito mais fácil a manipulação de informação e de consumo.

É certo que a utilização dessas informações valiosas já vem sendo inserida na nossa realidade, seja para influenciar nossas crenças e comportamentos, seja para alavancar a possibilidade de consumo.

Ocorre que o problema central desse “garimpo” de informações dos consumidores está no fato de que eles sequer exercem qualquer controle quanto a possibilidade de compartilhar/impedir o acesso de suas informações pessoais, bem como de ser influenciado e direcionado a um consumo quase que inconsciente.

O presente trabalho procurou estabelecer uma breve evolução histórica dessa ferramenta da tecnologia, citando alguns casos emblemáticos que mudaram a forma de nos relacionar com as “máquinas”.

No campo da legislação aplicável, buscou-se, inicialmente, analisar a possibilidade de proteção pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), concluindo pela possibilidade da mencionada lei respaldar os vulneráveis digitais.

Após, foram estabelecidos alguns apontamentos ao Decreto 7.962/13, que tem como objeto maior as relações estabelecidas no comércio eletrônico, relacionados com o direito de informação, com a facilitação do atendimento, bem como o direito de arrependimento.

Na sequência, foi tratado o Projeto de Lei do Senado nº 281, de 2012, especificamente no campo do armazenamento de dados do consumidor, bem como na proteção da publicidade não consentida.

Em outro tópico foi elaborada uma pesquisa nominal do tema da inteligência artificial no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, oportunidade em que se constatou que as cortes Superiores ainda não se debruçaram sob o tema específico.

Por fim, pode-se concluir que embora o Código de Defesa do Consumidor possa hoje efetivar a tutela dos consumidores no tema analisado, seria de grande valia a aprovação do Projeto de Lei do Senado nº 281, de 2012, uma vez que traz regulamentação específica quanto ao armazenamento de dados e publicidade indesejada no ambiente virtual.

Assim, com a intuito de provocar o debate sadio, bem como a esperança do avanço normativo, é que concluímos essa pequena análise no campo da inteligência artificial e as relações consumeristas virtuais.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 2. Tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2.004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. tradução Ellen Gracie Northfleet, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002.

COMPARATO, Fabio Konder. "A proteção do Consumidor: importante capítulo do direito econômico". In: *Defesa do Consumidor: textos básicos*. 2. ed., Brasília, MJ/CNDC, 1988.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre:

Síntese, 1999.

RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. *Inteligência Artificial*. 2a ed., Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BITTENCOURT, Guilherme. *Inteligência Artificial: Ferramentas e Teorias*, 3a ed., Editora da UFSC, 2006.

RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. *Artificial intelligence: a modern approach*. Prentice-Hall, 3rd Edition, 2009.

COPPIN, Ben. *Inteligência Artificial*. LTC. 1ª Ed. 2010.

ARTERO, Almir Olivette. Inteligência Artificial. Livraria da Física. 1ª Ed. 2009.

SILVA, R. L. O direito privado desafiado pela dinâmica da contratação eletrônica: premissas para efetivar a proteção do consumidor brasileiro. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 11., 2014. Anais... Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2014, v. 1, p. 12

SILVA, Michael César & SANTOS, Wellington Fonseca dos. O direito do consumidor nas relações de consumo. 8 out 2013. Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1294> Acesso em: 25 jun 2018.

<https://medium.com/@francois.chollet/what-worries-me-about-ai-ed9df072b704>. Acesso em: 03 jan. 2020.

<https://exame.abril.com.br/tecnologia/o-que-voce- nao-sabe-sobre-o-uso-de-seus-dados-pelo-facebook/>. Acesso em: 06 jan. 2020.

<https://olhardigital.com.br/noticia/7-vezes-em-que-humanos-e-maquinas-se-enfrentaram-em-jogos/56471>. Acesso em: 15 jan. 2020.

<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/esporte/fk110530.htm>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/ 1990). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 27 jan. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei nº 281/2012. Senado. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=76025. Acesso em: 27 jan. 2020.

A PENSÃO POR MORTE PRESUMIDA DE MILITAR DAS FORÇAS ARMADAS DO BRASIL AUSENTE DO SEU DOMICÍLIO FUNDAMENTADA NA LEI 8112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990

MARCOS VINICIUS MARTINS CAVALCANTE:

Bacharel em Direito - Faculdade de Ciências Sociais e Tecnológicas - FACITEC. Especialista em Direito Público (Pós-Graduação Lato Sensu) - Faculdade Projeção. Ex-Técnico Judiciário/TST, ex- Analista do MPU - Apoio Jurídico / Direito; ex-Analista Judiciário - Área Judiciária, atualmente Advogado da União

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo de demonstrar a norma ideal para suprir a lacuna da legislação militar referente à pensão por morte presumida a ser concedida aos dependentes do militar das Forças Armadas do Brasil que se tornar ausente do seu domicílio.

Palavras-chave: Direito Militar. Pensão por morte presumida de militar ausente. Lacuna na legislação castrense. Lei nº 8112/1990 para preencher a lacuna.

Sumário: 1. Introdução – 2. Desenvolvimento do Tema - A pensão militar por morte presumida. Declaração de ausência para o Direito Militar. 3. Conclusão. 4. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o propósito de demonstrar a norma ideal para suprir a lacuna da legislação militar referente à pensão por morte presumida a ser concedida aos dependentes de um militar das Forças Armadas que se tornar ausente do seu domicílio sem deixar notícias do seu paradeiro.

A pensão militar destina-se a amparar os beneficiários do militar falecido ou extraviado e será paga conforme o disposto em legislação específica.

Certifica-se que a legislação castrense não ampara a morte presumida por ausência como fato gerador da pensão militar, ou seja, há um hiato normativo sobre o tema que deve ser resolvido juridicamente.

Diante do exposto, observa-se que a pesquisa terá o objetivo de responder o seguinte questionamento: qual norma deve ser utilizada para suprir a lacuna da legislação militar relacionada à concessão de pensão provisória por morte presumida de militar das Forças Armadas considerado ausente do seu domicílio.

2. DESENVOLVIMENTO

Inicialmente, sublinha-se que a morte de uma pessoa física pode gerar o direito a uma pensão civil ou a uma pensão militar aos dependentes da pessoa falecida. Destaca-se que de acordo com o Código Civil (CC) a morte pode ser real ou presumida, sendo que esta pode ocorrer com ou sem declaração de ausência.

Para o CC, a morte presumida com declaração de ausência ocorre nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva (art. 6º do CC). Por sua vez, a sucessão definitiva acontece na terceira fase do procedimento especial de ausência (arts. 37/39 do C.C).

Isto é, a morte presumida ocorre com a sucessão definitiva, destacando-se que esta deve ocorrer dez anos após o trânsito em julgado da sentença de abertura de sucessão provisória, dependendo da devida manifestação judicial.

Ademais, a ausência é um instituto tradicional do Direito Civil, destinado, em especial, à proteção do patrimônio do ausente, em benefício próprio e de seus sucessores. Quer dizer, o objetivo principal do instituto da ausência é de tutelar o patrimônio do ausente e não o de servir de prova para a concessão de uma pensão civil ou militar.

A pensão militar por morte presumida. Declaração de ausência para o Direito Militar

A pensão militar destina-se a amparar os beneficiários do militar falecido ou extraviado e será paga conforme o disposto em legislação específica (art. 71 da Lei nº 6880/1980).

Observa-se que será considerado extraviado o militar na ativa que, no desempenho de qualquer serviço, em viagem, em campanha ou em caso de calamidade pública, permanecer desaparecido por mais de 30 dias (art. 92 da Lei nº 6880/1980).

Por outro lado, será considerado desaparecido o militar na ativa que, no desempenho de qualquer serviço, em viagem, em campanha ou em caso de calamidade pública, tiver paradeiro ignorado por mais de 8 (oito) dias. (art. 91 da Lei nº 6880/1980).

Portanto, a pensão militar é destinada aos beneficiários do militar falecido ou extraviado, não existindo na legislação militar dispositivo que fale

especificamente sobre a concessão de pensão na hipótese de ausência, o que gera uma lacuna normativa.

Em relação à pensão militar, é imperioso destacar os seguintes dispositivos legais:

Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 - Dispõe sobre o Estatuto dos Militares

Art. 50. São direitos dos militares:

[...]

l) a constituição de pensão militar;

[...]

Art. 71. A pensão militar destina-se a amparar os beneficiários do militar falecido ou extraviado e será paga conforme o disposto em legislação específica.

[...]

Art. 91. É considerado desaparecido o militar na ativa que, no desempenho de qualquer serviço, em viagem, em campanha ou em caso de calamidade pública, tiver paradeiro ignorado por mais de 8 (oito) dias.

Parágrafo único. A situação de desaparecimento só será considerada quando não houver indício de deserção.

Art. 92. O militar que, na forma do artigo anterior, permanecer desaparecido por mais de 30 (trinta) dias, será oficialmente considerado extraviado.

Medida Provisória nº 2.215-10, de 31 de agosto de 2001. Dispõe sobre a reestruturação da remuneração dos militares ...

Art. 8º Quando o militar for considerado desaparecido ou extraviado, nos termos previstos na Lei nº 6.880, de 9 de

dezembro de 1980, sua remuneração ou proventos serão pagos aos que teriam direito à sua pensão militar.

§ 1º No caso previsto neste artigo, decorridos seis meses, iniciar-se-á a habilitação dos beneficiários à pensão militar, cessando o pagamento da remuneração ou dos proventos quando se iniciar o pagamento da pensão militar.

Lei nº 3.765, de 4 de maio de 1960 - Dispõe sobre Pensões Militares

Art. 7º A pensão militar é deferida em processo de habilitação, tomando-se por base a declaração de beneficiários preenchida em vida pelo contribuinte, na ordem de prioridade e condições a seguir: (Redação dada pela Medida provisória nº 2.215-10, de 31.8.2001)

[...]

Art 28. A pensão militar pode ser requerida a qualquer tempo, condicionada, porém, a percepção das prestações mensais à prescrição de 5 (cinco) anos.

Decreto nº 49.096, de 10 de outubro de 1960 - Aprova o Regulamento de Pensões Militares

Art 1º A pensão militar de que trata êste regulamento é o benefício criado pela Lei nº 3.765, de 4 de maio de 1960, em favor dos beneficiários dos contribuintes que ela específica.

[...]

Art 4º Os beneficiários dos militares considerados desaparecidos ou extravados, receberão, dêste logo, na ordem prevista nêste regulamento, os vencimentos e vantagens a que o militar fazia jus, pagos pela Organização a que pertencia, ou outra, se fôr o caso.

§ 1º Findo o prazo de 6 (seis) meses, processar-se-ão necessária habilitação para a concessão da pensão militar de direito.

[...]

Art 36 O processo de habilitação à pensão militar inicia-se com o requerimento da parte interessada, dirigido á autoridade competente do Ministério a que estiver vinculado o contribuinte.

[..]

Art 51. Devidamente instruído o processo e reconhecida a procedência do pedido será então expedido para cada beneficiário um título de pensão, de acôrdo com o modelo anexo, em 5 (cinco) vias, assim destinadas:

[...]

Art 54. A autoridade dos Militares da Marinha, Aeronáutica e Justiça e Negócios Interiores, que conceder a pensão, transferência de direito, reversão ou melhoria de pensão, promoverá.

a) a inclusão do nome do beneficiário em fôlha de pagamento, para os devidos fins;

b) a remessa direta do respectivo processo ao Tribunal de Contas para julgamento da legalidade da concessão feita.

[...]

Art 71. A pensão militar pode ser requerida a qualquer tempo, condicionada, porém, a percepção das prestações mensais à prescrição quinquenal.

Reitera-se que a legislação militar não aborda a situação do ausente (apenas a do desaparecido e a do extraviado), devendo-se utilizar um método de integração da norma para preencher a lacuna.

Quanto à lacuna legal, dispõe o art. 4º da Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) que na hipótese de a lei ser omissa, a autoridade judiciária deverá decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

O fato é que um juiz não pode deixar de decidir uma questão posta alegando que não existe norma regulamentadora para aquele caso em concreto.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona definem analogia da seguinte forma:

[...]

Embora mencionada no art. 4.º da LINDB, não se trata bem de uma fonte do direito, mas sim de um meio supletivo em caso de lacuna da lei.

Trata-se, em verdade, de uma “forma típica de raciocínio pelo qual se estende a *facti species* de uma norma a situações semelhantes para as quais, em princípio, não havia sido estabelecida”.

Por meio do emprego da analogia, portanto, havendo omissão legal, o juiz aplicará ao caso concreto a norma jurídica prevista para situação semelhante.

Pode-se manifestar de duas formas:

a) analogia legis — quando, inexistente a lei, aplica-se outra norma legal ao caso *sub judice*;

b) analogia juris — quando, inexistente a lei, aplica-se princípio geral do direito ao caso sob apreciação. (STOLZE e PAMPLONA, 2012, s.p, item 3.2.5, Epub)

Inicialmente, ressalta-se que o procedimento relacionado à ausência disposto no CC é utilizado para tutelar o patrimônio do ausente, não sendo utilizado para fins previdenciários. Ou seja, a utilização do procedimento de ausência contida no CC é para proteger o acervo patrimonial do ausente.

Fábio Ulhoa Coelho (2012) defende que quando uma pessoa desaparece do seu domicílio sem deixar notícias, inicialmente, o direito se preocupará mais com os interesses do desaparecido do que com o de terceiros. Porém, na hipótese de o ausente continuar desaparecido por muito tempo, inverte-se a primazia dos interesses tutelados. Assim, a lei autorizará a presunção de morte do ausente para que se proceda à solução das pendências obrigacionais e à transmissão de seus bens aos sucessores.

A abertura da sucessão definitiva importa em presunção de morte do ausente. Contudo, frisa-se que em nenhum momento o CC toca no assunto "pensão por morte presumida daquele que se encontra desaparecido", muito menos fala sobre possíveis efeitos que a declaração de ausência no juízo civil possa ter em relação à concessão de algum benefício previdenciário, como bem apontado por Jerônimo Belinati, *in verbis*:

[...]

Verifica-se, portanto, que o Código Civil não trata em nenhum momento da pensão por morte presumida daquele que se encontra desaparecido e tampouco esclarece eventuais efeitos que a declaração de ausência no juízo civil possa ter em relação à concessão ou não do benefício previdenciário. Tal observação é importante para que a seguir se possa delinear os contornos da pensão por morte presumida prevista na Lei n. 8.213/91. (BELINATI, 2015, pg. 331)

Fica claro que a ausência para fins civis (disposta no CC) não produz os mesmos efeitos da ausência para fins previdenciários. Eis o que Jerônimo Belinati fala sobre o tema:

[...]

Ocorre que a declaração judicial de ausência para fins previdenciários (art. 78 da Lei n. 8.213/91) não produz os mesmos efeitos jurídicos que a declaração de ausência do Código Civil. Embora sejam institutos similares, as declarações de ausência para fins civis e previdenciários não se confundem, justamente em razão das diferentes consequências jurídicas que produzem.

Enquanto a declaração de ausência para fins civis busca primordialmente tutelar os bens do ausente, a declaração judicial de ausência, para fins previdenciárias, estabelece presunção relativa da morte do segurado, mas volta-se à concessão de pensão por morte, em duas diferentes hipóteses que serão vistas a seguir; uma das quais (art. 78, caput, da Lei n. 8.213/91) coincide exatamente com o conceito de ausência do art. 22 do CC.

Importante notar que parte da doutrina diferencia, com acerto, a ausência da morte presumida. De fato, a ausência não se confunde com a morte presumida, pois na ausência não há certeza da morte do segurado, ou seja, na ausência a pessoa desaparece sem que se saiba se está viva ou morta. Já na situação de morte presumida, dada a situação especialíssima do desaparecimento, há certeza da morte, ainda que não tenha sido encontrado o cadáver.⁷

É por esta razão que no procedimento de declaração de ausência para fins civis a presunção de morte do ausente só se estabelece com a abertura da sucessão definitiva. Assim, o ausente é considerado vivo pelo prazo de 10 anos depois do trânsito em julgado da sentença que concede a abertura da sucessão provisória.

[...]

Na linha do que já foi dito, fica evidente que na concessão da pensão por morte presumida, eventual declaração de ausência tem caráter incidental, não sendo o objeto principal do pedido administrativo ou judicial, o qual se volta, como já se disse, para a concessão da pensão por morte.

Assim, tanto nas hipóteses em que o Juiz apenas reconhece a presunção de morte por conta de ausência (art 78, caput, da Lei n. 8.213/91), remetendo ao INSS a concessão do benefício, quanto nas hipóteses em que o Juiz concede a própria pensão por morte (art. 78, caput e §1º, da Lei n. 8.213/91), a declaração de ausência é incidental à concessão da pensão.

Embora o conceito de ausência a ser utilizado seja um só, os prazos para pleitear cada uma das declarações são distintos. Enquanto no Código Civil não há prazo definido, mas se exige a certeza do desaparecimento, na Lei n. 8.213/91, o prazo previsto para fins previdenciários é de no mínimo 6 meses de ausência, em caso de concessão da pensão por morte com base no art. 78, caput, da Lei n. 8.213/91.

Nada obsta, contudo, que se faça prova emprestada do pedido civil de ausência para comprovação do

desaparecimento do segurado também para fins previdenciários, o que se verá oportunamente. (BELINATI, 2015, pg. 331/333)

Verifica-se, portanto, que o CC não trata em nenhum momento da pensão por morte presumida daquele que se encontra desaparecido e tampouco esclarece eventuais efeitos que a declaração de ausência do juízo civil possa ter em relação à concessão (ou não) do benefício previdenciário. Tal observação é importante para que se possa delinear os contornos da pensão por morte presumida prevista na Lei nº 8.213/91 ou na Lei nº 8.112/1990.

A lacuna a ser preenchida é relacionada a possível habilitação de pensão a beneficiários de militar das Forças Armadas ausente do seu domicílio, o que demanda a análise da legislação previdenciária civil geral e da própria dos servidores públicos civis da União.

A pensão por morte, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), é tratada nos arts. 74 a 79 da Lei nº 8.213/1991 (que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências).

O juiz competente para a causa de natureza previdenciária deve reconhecer que a ausência do segurado ocorreu há mais de 6 meses. Ressalta-se que a pensão somente será devida a partir da decisão judicial, como bem esclarecido por Jerônimo Belinati:

[...]

Na hipótese do caput, a pensão é devida somente a contar da decisão judicial, em razão de que, nos termos da lei, somente a autoridade judiciária competente estará apta a verificar se o conjunto probatório justifica que a ausência do segurado, por mais de 6 meses, gere a presunção de morte para fins previdenciários. Conforme já mencionado, exige-se um prazo mínimo de 6 meses de ausência do segurado para que a declaração judicial de morte presumida surta efeito. (BELINATI, 2015, pg. 337/338)

Destarte, a data inicial do benefício de pensão por morte presumida deve contar a partir da decisão judicial que declarou a morte presumida para fins previdenciários (art. 74, III c/c art. 78, todos da Lei nº Lei nº 8.213/1991).

O certo é que a morte presumida para fins previdenciários não deve ser confundida com a declaração de ausência descrita no CC.

Em relação aos servidores públicos civis da União, a pensão por morte é tratada nos artigos 215 a 225 da Lei nº 8.112/1990 (que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais).

O art. 219 da Lei nº 8.112/1990 descreve que a pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data: 1 - do óbito, quando requerida em até 180 (cento e oitenta dias) após o óbito, para os filhos menores de 16 (dezesesseis) anos, ou em até 90 (noventa) dias após o óbito, para os demais dependentes; (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019); 2 - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso I do caput deste artigo; ou III - da decisão judicial, na hipótese de morte presumida.

Por outro lado, destaca-se o contido no art. 221 da Lei nº 8.112/1990:

Art. 221. Será concedida pensão provisória por morte presumida do servidor, nos seguintes casos:

I - declaração de ausência, pela autoridade judiciária competente;

II - desaparecimento em desabamento, inundação, incêndio ou acidente não caracterizado como em serviço;

III - desaparecimento no desempenho das atribuições do cargo ou em missão de segurança.

Parágrafo único. A pensão provisória será transformada em vitalícia ou temporária, conforme o caso, decorridos 5 (cinco) anos de sua vigência, ressalvado o eventual reaparecimento do servidor, hipótese em que o benefício será automaticamente cancelado. (grifei)

Portanto, assim como descrito na Lei nº 8.213/1991, a pensão por morte presumida descrita na Lei nº 8.112/1990 será provisória e deverá contar da decisão judicial que declarar a ausência (art. 221, I, da Lei nº 8.112/1990), a ser deferida por autoridade judicial competente.

Ademais, por se tratar de uma pensão a ser deferida por um órgão da União, a competência para a declaração judicial de ausência, para o fim do art. 221 da Lei nº 8.112/1990, será da Justiça Federal (CC 12624 / RJ, 1995/0003573-1 - STJ).

Como se observa, as pensões por morte presumida asseguradas pelas leis supracitadas necessitam de declaração de ausência para fins previdenciários, a ser exarada por autoridade judiciária competente, devendo a pensão contar da data da decisão judicial (art. 74, III, da Lei nº 8.213/1991 e art. 219, III, da Lei nº 8.112/1990).

Em relação ao objeto específico de análise no presente artigo (qual diploma legal deve ser utilizado para preencher a lacuna do normativo castrense), defende-se que o normativo mais apropriado é o referente ao regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais (Lei nº 8.112/1990), tendo em vista que os militares são espécie do gênero "agentes públicos estatais", assim como os servidores civis da União.

Quanto ao tema, Carvalho Filho defende o seguinte:

[...]

3.1. Servidores Públicos Civis e Militares

[...]

No que concerne aos militares, cumpre fazer uma observação. A despeito da alteração introduzida pela EC 18/98, que substituiu a expressão "servidores públicos civis" por "servidores públicos" e da eliminação da expressão "servidores públicos militares", substituída por "Militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios" (Seção III, mesmos Capítulo e Título, art 42), com a inclusão dos militares federais no Capítulo das Forças Armadas (Título V, Capítulo II, arts. 142 e 143), o certo é que, em última análise, todos são servidores públicos lato sensu, embora diversos os estatutos jurídicos reguladores, e isso porque, vinculados por relação de trabalho subordinado às pessoas federativas, percebem remuneração como contraprestação pela atividade que desempenham. Por tal motivo, parece-nos correta a expressão "servidores militares" (grifei) (CARVALHO FILHO, 2017, pg. 629/636)

Logo, a Lei nº 8.112/1990 é o diploma legal mais apropriado para ser utilizado para preencher a lacuna do normativo castrense referente à pensão provisória por morte presumida de militar das Forças Armadas (decorrente da ausência), tendo em vista que os militares são espécie do gênero "agentes públicos estatais", assim como os servidores civis da União.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que a lacuna da legislação castrense referente à pensão militar por morte presumida decorrente da ausência de um militar das Forças Armadas deve ser sanada pelos termos da Lei nº 8112/1990, uma vez que os militares são espécie do gênero "agentes públicos estatais", assim como os servidores civis da União.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto nº 49.096, de 10 de outubro de 1960 – Aprova o Regulamento da Lei de Pensões Militares.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D49096.htm>. Acessado em 04/11/2019.

_____. **Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999 - Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acessado em 04/11/2019.

_____. **Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acessado em 04/11/2019.

_____. **Lei nº 3.765, de 04 de maio de 1960 - Dispõe sobre as Pensões Militares.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3765.htm>. Acessado em 04/11/2019.

_____. **Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 - Estatuto dos Militares.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6880.htm>. Acessado em 04/11/2019.

_____. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 - Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações**

públicas **federais.** Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acessado em
04/11/2019.

_____. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 - Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.** Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acessado em
04/11/2019.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Institui o Código Civil.**
Disponível em
<http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm#art2044>. Acessado em 04/11/2019.

_____. **Medida Provisória nº 2.215-10, de 31 de agosto de 2001. Dispõe sobre a reestruturação da remuneração dos militares altera as Leis nos 3.765, de 4 de maio de 1960, e 6.880, de 9 de dezembro de 1980, e dá outras providências.**
Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2215-10.htm>. Acessado em 04/11/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **COMPETENCIA. CONFLITO NEGATIVO. E DA COMPETENCIA DA JUSTIÇA FEDERAL A CAUSA EM QUE SE PEDE DECLARAÇÃO DE AUSENCIA DE SERVIDOR POR SUA MORTE PRESUMIDA, PARA O FIM PREVISTO NO ART. 221 DA LEI N. 8.112/90. UNANIME.** Relator Ministro Fontes de Alencar. DJ 24/04/1995 p. 10377

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: BREVE ABORDAGEM ACERCA DO SÉTIMO PRINCÍPIO DE CHICAGO E A DEMOCRACIA BRASILEIRA NO QUE DIZ RESPEITO AO EXERCÍCIO DAS ATRIBUIÇÕES DOS ÓRGÃOS POLICIAIS

EUJECIO COUTRIM LIMA FILHO:

Delegado de Polícia Civil no Estado de Minas Gerais. Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA, RJ). Mestre em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (UNESA, RJ). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Estado da Bahia (UFBA, BA). Graduado em Direito pelo IESUS (BA). Professor de Direito Processual Penal na UNIFG (BA) e na FAVENORTE (MG). Professor nos cursos de pós-graduação da UNIFG/UNIGRAD (BA) e da ACADEPOL (MG). Autor de obras jurídicas.

RESUMO: O presente estudo visa trazer uma ideia geral sobre Justiça de Transição após períodos violadores de direitos humanos, como regimes militares, com o objetivo de restabelecer a paz, a confiança, a governabilidade e a democracia. Tem-se o dever estatal com essa justiça de reconciliação não apenas como resposta a regimes passados, mas também como correção de atuais medidas arbitrárias. Sobre o enfoque ora dado ao tema, tem-se a importância dos Princípios de Chicago, especificamente o ponto sete no que diz respeito ao dever dos Estados apoiar reforma institucional do Estado de Direito para restaurar confiança do público, promover os direitos fundamentais e de apoio boa governança. Nesta direção, segue análise das atuais atribuições constitucionais dos órgãos policiais brasileiro após o período de ditadura militar compreendido entre 1964 e 1985. Por fim, destaca-se a necessidade de concretização dos direitos humanos por parte dos órgãos de segurança pública e do estrito cumprimento às atribuições constitucionais, especialmente em relação a atos limitativos de liberdades individuais.

1. Princípios de Chicago e Justiça de Transição

Os princípios de Chicago sobre justiça pós-conflito surgiram entre os anos de 1997 e 2003, após consultas, reuniões e debates entre a comunidade jurídica, religiosa e outros setores sociais, tendo como objetivo a superação de atrocidades decorrentes, especialmente, de guerras e regimes autoritários. Trata-se de compromisso com a verdade, a paz e a reconciliação após graves eventos violadores de direitos humanos (genocídio, tortura, desaparecimentos etc.) e direito

humanitário (BASSIOUNI, 2007). São medidas penais e não-penais que devem ser tomadas na reestruturação e estabelecimento do Estado Democrático de Direito (JAPIASSU; MIGUENS, 2013).

O enfrentamento aberto ao legado da violência é essencial para alcançar a paz, a reconciliação e prevenir futura vitimização. Os princípios orientadores podem ajudar a estabelecer uma linguagem clara e discutir a justiça pós-conflito (justiça de transição, estratégias de combate à impunidade, construção da paz ou reconstrução pós-conflito). Com foco na vítima, e não nos conflitos, como forma de melhorar a concepção para enfrentar o sofrimento humano após o período de subversão, trazem significativa mudança na política internacional de paz, segurança e reconstrução nacional e uma importante fase na evolução do movimento global de proteção e defesa dos direitos humanos. Baseia-se no entendimento de que a estabilidade doméstica, a segurança e governança^[1] democrática após as atrocidades são reforçados por um compromisso com a justiça e a responsabilidade (BASSIOUNI, 2007).

Assim, a justiça de transição surge como um conjunto de medidas legais e políticas que devem ser adotadas como compensação ao período de maciça violação de direitos humanos. De tal modo, fornece às vítimas o reconhecimento dos seus direitos, promovendo a confiança pública e reforçando o Estado de Direito. Trata-se de um processo multifacetado e interdisciplinar que vai além de uma abordagem jurídica formal, implementando uma consciência social, cultural histórica e política^[2] (SERSALE DI CERISANO, 2013).

As raízes intelectuais da justiça pós-conflito podem ser atribuídas ao período pós Primeira Guerra Mundial, quando a emergente comunidade internacional começou a considerar o valor da busca de justiça no rescaldo do conflito, apesar de tomar pouca substância. Após a Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional estabeleceu instituições da justiça pós-conflito, incluindo os Tribunais Militares Internacionais em Nuremberg e Tóquio e apoiou acusações relacionadas com crimes de guerra na Europa e na Ásia. Estas iniciativas estavam ligadas ao nascimento do moderno sistema de direitos, a criação das Nações Unidas e a ampla aceitação da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A partir de meados dos anos oitenta, houve um crescente interesse pela justiça pós-conflito com uma série de transições políticas de regimes autoritários a regimes democráticos (BASSIOUNI, 2007).

Comissões de verdade, políticas de reparação e mecanismos de memorialização, muitas vezes motivada pela pressão popular, pela sociedade civil

e pelos grupos de direitos humanos. Na Europa Oriental e Central, os governos criaram iniciativas envolvendo debate público, memorialização, abertura de arquivos de segurança e sanções administrativas (BASSIOUNI, 2007).

No período pós-conflito e autoritário é possível constatar nações com infraestrutura desmoronada, com presença de grupos armados, população traumatizada, economia devastada, pobreza endêmica e governo de transição com recursos limitados. Portanto, uma abordagem séria da justiça pós-conflito exige um equilíbrio entre as ações e o reconhecimento das limitações práticas e políticas que caracterizam contextos de transição. Deve haver um equilíbrio entre a justiça e a reconciliação. Assim, frequentemente, a justiça é sacrificada em razão da paz e reconciliação, favorecendo os processos de verdade em detrimento ao processo penal que teria também um viés vingativo (SERSALE DI CERISANO, 2013).

A justiça requer vontade política, recursos e compromissos de longo prazo. Nessa direção, a obra de Bassiouni (2007) organiza os Princípios de Chicago sobre Justiça pós-conflito^[3]. No que diz respeito ao sétimo princípio, objeto da análise ora realizada, especialmente no tocante à atuação das polícias na concretização e obediência aos direitos humanos, tem-se que os Estados devem promover reformas institucionais no sentido de apoiarem o Estado de Direito, devolvendo a confiança pública, e um sistema de proteção de direitos fundamentais^[4] (JAPIASSU; MIGUENS, 2013). Portanto, cuida principalmente da reforma das instituições, incluindo a reforma dos setores de segurança e apoio à democratização e defesa dos direitos humanos fundamentais (SERSALE DI CERISANO, 2013).

Os Estados devem assegurar que os serviços militares, de inteligência e as forças de segurança nacionais sejam controlados com mecanismos e instituições eficazes de supervisão civil, certificando-se de que essas instituições respeitem os princípios básicos dos direitos humanos e do direito humanitário. Essas instituições devem ser regulamentadas pelo ordenamento local com claro destaque de se tratarem de órgãos apolíticos encarregados de defenderem a soberania do Estado e a integridade territorial (BASSIOUNI, 2007). Os tribunais militares, os serviços de inteligência e as forças militares não podem ser envolvidas em restrição de direitos de civis (SERSALE DI CERISANO, 2013).

Os Estados devem ratificar as convenções internacionais acerca da defesa e proteção dos direitos humanos. Devem haver alterações no sistema constitucional (e infraconstitucional) no sentido de garantir o respeito aos direitos humanos e direito humanitário. Igualmente, devem adotar medidas necessárias para garantir a

independência, imparcialidade e funcionamento eficaz do sistema judicial, de acordo com os padrões internacionais do devido processo (BASSIOUNI, 2007).

Como monitoramentos dos direitos humanos, inclusive em ações preventivas de solução de conflitos, devem ser criadas ouvidorias, comissões e outros mecanismos capazes de protegerem os direitos fundamentais. Todos os funcionários públicos, especialmente aqueles ligados à prestação do serviço militar, devem receber formação contínua sobre direitos humanos. Os Estados devem promover a observância dos códigos de condutas para todos os funcionários públicos (BASSIOUNI, 2007).

2. Aspectos relevantes do contexto brasileiro

A história brasileira registra diferentes momentos, como a escravidão negra e períodos de governos de exceção, em que condutas violadoras de direitos humanos foram acobertadas pelo manto estatal^[51]. O período mais recente envolve a ditadura militar que, entre os anos de 1964 e 1985, foi responsável pelo cometimento de atos contemporaneamente classificados como crimes contra a humanidade. Portanto, assim como ocorreu com outros países sul-americanos, a exemplo da Argentina^[61], o período pós-regime ditatorial demanda a concretização da justiça, a responsabilização penal pelas graves violações aos direitos humanos, a restauração e a manutenção da paz.

Japiassu e Miguens (2013) ofertam uma visão panorâmica acerca do contexto histórico do período de ditadura militar no Brasil^[71]. Verifica-se que, semelhante ao ocorrido na Argentina, determinados setores hegemônicos da sociedade e o oficialato militar travou acentuado combate contra a atividade política de esquerda, considerando como inimigo interno a ser exterminado. Nessa conjuntura seguiram os governos militares entre os anos de 1964 e 1985 marcados pela supressão e violação de direitos humanos.

Nesta direção, como visto, a justiça de transição ou justiça pós-conflito deve ser considerada como a passagem de um contexto nacional de conflito armado ou de presença de regimes autoritários para uma conjuntura harmônica ao Estado Democrático de Direito com legitimação da ordem jurídica, reconstrução nacional, reconciliação e resolução de conflitos. Versa a concretização da justiça nas sociedades em reconstrução após violações de direitos humanos, é a resposta estatal por meio da responsabilização das violações ocorridas^[81], da reparação das vítimas, promoção da paz, reconciliação e democratização (JAPIASSU; MIGUENS, 2013, p. 24).

O processo de transição política brasileiro foi executado pelo próprio regime militar autoritário, a sociedade civil e o Estado de Direito surgido não participaram efetivamente da agenda relativa às medidas transacionais que foram planejadas pelo próprio regime ditador. Consequentemente, dentre as medidas, não se falou da responsabilização penal dos agentes estatais cometedores de graves atrocidades. Assim, o foco deve ser dirigido à reparação das vítimas como ponto central à justiça de transição brasileira (MADEIRA; PEREIRA; VALE, 2015).

Portanto, em relação ao caso brasileiro, o ministro Marco Aurélio destacou que a punição dos crimes de tortura cometidos na ditadura afetaria a segurança jurídica e o avanço cultural, seria uma retroação penal. Nesta linha, restou improvida a ADPF 153 que objetivava a não abrangência da Lei de Anistia a atrocidades como a tortura e o desaparecimento forçado de pessoas. Contudo, apesar de não ter adotado a totalidade das medidas sugeridas por Bassiouni, como a responsabilização penal dos agentes estatais, o Brasil aparentemente alcançou a reconciliação nacional (JAPIASSU; MIGUENS, 2013).

“Assim, pode-se dizer que a resposta brasileira às graves violações aos direitos humanos ocorridos no período de ditadura militar, basicamente disse respeito a reorganização do Estado, reintegração e reparação e, de alguma maneira, memorialização de vítimas” (JAPIASSU; MIGUENS, 2013, p. 39).

“Neste contexto, o Brasil representa uma experiência interessante, embora não tenha adotado a totalidade das medidas sugeridas por BASSIOUNI. Ao contrário, adotou medidas mais restritas e, ainda assim, parece ter alcançado a desejada reconciliação nacional. Todavia, persiste a necessidade de conhecimento pleno sobre as violações passadas, o que ainda não ocorreu” (JAPIASSU; MIGUENS, 2013, p. 41).

Até 1999, mais de dez anos de Constituição Democrática, o Brasil contava com cinco ministérios militares e uma Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República com atribuições pautadas à defesa na visão da instituição militar. A partir da formação do Ministério da Defesa com o controle civil das Forças Armadas tem-se importante aspecto referente à restauração do regime democrático (SILVA, 2010).

Diferentemente do ocorrido nos demais países sul-americanos, a transição do regime autoritário ao democrático ocorreu, no Brasil, de forma lenta com origem no próprio núcleo do governo militar. Assim, entre avanços e ameaças de retrocesso, demorou-se mais de uma década o processo de transferência do poder para o controle civil. O governo Sarney (1985-1990) foi o último em que vigoraram as regras eleitorais do período militar (SILVA, 2010).

“Dentro desta perspectiva, a criação do MD visou atender os seguintes objetivos: a) O comando inquestionável das Forças Armadas pelo chefe do Poder Executivo; b) Garantir a imparcialidade política das Forças Armadas; c) Estabelecer uma estrutura de ordenamento legal das Forças Armadas submissa ao Estado democrático; d) Qualquer decisão quanto ao emprego do poder militar teria origem exclusiva nas decisões políticas; e e) Reafirmar o caráter nacional das Forças Armadas” (SILVA, 2010, p.118).

Dá análise dos Princípios de Chicago, especialmente o princípio 7, conclui-se pela recomendação de que os serviços militares, de inteligência e as forças de segurança sejam norteados pela efetivação dos direitos humanos e humanitário, com controle civil e a clara atribuição de defender a soberania do Estado e a integridade territorial.

Atualmente as Forças Armadas são disciplinadas pelos arts. 142 e 143 da CRFB.

“Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”.

3. Atribuições dos órgãos policiais brasileiros e efetivação de direitos humanos

Em relação às atribuições dos órgãos policiais, a própria Constituição Federal, ao organizar a segurança pública no art. 144, assegurou a não atuação da Polícia Militar no que tange a atos investigativos de crimes não militares, salvo no que diz respeito à atuação de polícia ostensiva e à preservação da ordem pública (art. 144,

§5º). Entretanto, a atual redação do §6º destaca que as polícias militares e corpos de bombeiros militares são forças auxiliares e reserva do exército.

O texto constitucional corrobora a clássica divisão doutrinária entre a polícia administrativa e a polícia judiciária. A primeira possui caráter ostensivo e se propõe a prevenção do crime. Já a segunda, auxiliar do Poder Judiciário, possui caráter repressivo e atua na elucidação dos fatos criminosos. O sistema de segurança pública e as respectivas atribuições dos órgãos envolvidos foram claramente delineados pelo constituinte de 1988. Portanto, o funcionamento harmônico desse sistema é pressuposto à manutenção do Estado Democrático e, especialmente, à efetivação de direitos fundamentais do cidadão que muitas vezes, durante a persecução penal, colidirão com outros direitos de igual importância e poderão ser afastados no caso concreto.

Em síntese, a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública foi dirigida à Polícia Militar (art.144, §5º, CRFB); o patrulhamento ostensivo das rodovias federais coube à Polícia Rodoviária Federal (art.144, §2º, CRFB); à Polícia Civil e à Polícia Federal competiu a investigação de fatos criminosos e as funções de polícia judiciária (art.144, §§1º e 4º, CRFB). Além da função de polícia administrativa constitucionalmente prevista, a Polícia Militar possui atribuição de Polícia Judiciária Militar quanto aos crimes militares praticados por policiais militares (art. 8º do CPPM).

No que diz respeito ao estudo relacionado ao sétimo Princípio de Chicago e a realidade da polícia brasileira, cumpre tecer algumas observações sobre o 3º Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3 - Decreto 7.037 de 21 de dezembro de 2009), notadamente o eixo orientador IV que trata da segurança pública, acesso à justiça e combate à violência. O programa diz ter a missão de reorganizar a democracia brasileira, trazendo como uma das propostas a desvinculação das forças policiais das forças armadas (MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS, 2017).

O Programa Nacional de Direitos Humanos segue orientação da ONU aos Estados membros (Convenção de Viena de 1993). São propostas de debate sugeridas ao Poder Legislativo, não se trata de lei. As duas primeiras versões foram publicadas no curso do governo do presidente Fernando Henrique Cardoso (1996 e 2002) e a terceira, no final do ano de 2009, pelo então presidente Luís Inácio Lula da Silva (MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS, 2017).

O citado eixo orientador IV destaca que o histórico repressivo deixado pelas duas décadas de regime ditatorial e a postura violenta dos órgãos de segurança pública foram apontados como fatores que retardaram o debate da segurança pública no processo de consolidação da democracia. Ademais, a tradição institucional das polícias brasileiras encontra-se em desarmonia com a moderna criminologia e ciências sociais experimentadas, há décadas, nos países desenvolvidos. Assim, aponta-se o grande distanciamento, por questões históricas, políticas e culturais, entre os temas de segurança pública e os Direitos Humanos no Brasil (Decreto 7.037/2009).

De acordo com o Decreto 7.037/2009, esse distanciamento começou a reduzir nos últimos anos. Iniciaram-se diálogos entre a sociedade civil e especialistas na área de segurança em busca da implantação de políticas públicas capazes de reduzir os índices de violência a partir de projetos centrados na prevenção e influenciados pela cultura de paz. Entre os pontos citados como viabilizadores da agenda de reformas na área de segurança, merecem destaque:

- a. Compreensão de que a noção de segurança pública é maior e mais complexa do que a noção de força de segurança;
- b. Surgimento de nova geração de policiais disposta a repensar práticas e dogmas;
- c. Cobrança da opinião pública;
- d. Maior fiscalização sobre o Estado, resultante do processo de democratização.

Problemas policiais apontados, pelo Decreto 7.037/2009, como antigos:

"(...) a ausência de diagnósticos, de planejamento e de definição formal de metas, a desvalorização profissional dos policiais e dos agentes penitenciários, o desperdício de recursos e a consagração de privilégios dentro das instituições, as práticas de abuso de autoridade e de violência policial contra grupos vulneráveis e a corrupção dos agentes de segurança pública, demandam reformas tão urgentes quanto profundas".

O PNDH-3 traz a questão da reforma do modelo de polícia e a importância do debate acerca do ciclo completo, enfatizando a coibição do abuso de autoridade e da violência institucional .

“Em linhas gerais, o PNDH-3 aponta para a necessidade de ampla reforma no modelo de polícia e propõe o aprofundamento do debate sobre a implantação do ciclo completo de policiamento às corporações estaduais. Prioriza transparência e participação popular, instando ao aperfeiçoamento das estatísticas e à publicação de dados, assim como à reformulação do Conselho Nacional de Segurança Pública. Contempla a prevenção da violência e da criminalidade como diretriz, ampliando o controle sobre armas de fogo e indicando a necessidade de profissionalização da investigação criminal.

Com ênfase na erradicação da tortura e na redução da letalidade policial e carcerária, confere atenção especial ao estabelecimento de procedimentos operacionais padronizados, que previnam as ocorrências de abuso de autoridade e de violência institucional, e confirmam maior segurança a policiais e agentes penitenciários” (Decreto 7.037/2009).

Entre as ações programáticas do objetivo estratégico 1 (modernização do marco normativo do sistema de segurança pública) da diretriz 11 (democratização e modernização do sistema de segurança pública) do PNDH-3 tem-se: *“propor alteração do texto constitucional, de modo a considerar as polícias militares não mais como forças auxiliares do Exército, mantendo-as apenas como força reserva. Responsável: Ministério da Justiça” (Decreto 7.037/2009).*

Considerando-se que a investigação criminal, por si só, tem o condão de limitar direitos fundamentais, exigindo um sopesamento na aplicação das medidas, tem-se a imprescindibilidade do respeito às atribuições constitucionais no sentido de efetivar qualquer política comprometida com a observância de direitos humanos. Neste caso, como medida de efetivação de direito fundamental, forma deve ser considerada garantia (NICOLITT, 2017). Conseqüentemente, o desrespeito às atribuições constitucionais, especialmente aquelas ligadas a atos limitadores de liberdades individuais como é a própria essência da persecução penal, devem ser

rechaçados como atentados às garantias fundamentais. Destaca-se que a fase administrativa da persecução penal (investigação criminal) também deve obediência irrestrita à garantia fundamental do devido processo (procedimento) legal (art. 5º, LIV, CRFB).

O estudo da polícia brasileira também impõe observação acerca da existência do controle externo da atividade policial exercido pelo Ministério Público nos termos do art. 129, VII, da CRFB e da Lei Complementar 75 de 1993. Tal controle, em síntese, visa verificar a eficiência da atividade policial fim no intuito de velar pelos elementos a serem destinados ao autor da ação penal e fiscalizar o cumprimento da lei, coibindo desvios e abusos.

Não obstante o sucesso brasileiro na transição democrática para o controle civil das Forças Armadas e a criação do Ministério da Defesa, registra-se que o texto constitucional considera as instituições militares estaduais como forças auxiliares e reserva do Exército (art. 144, §6º). Nessa direção, a Constituição confiou a essas instituições militares as atribuições de polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (art. 144, §5º), bem como o papel de polícia judiciária militar (art. 144, §4º) nos crimes propriamente militares (art. 8º, CPPM).

Portanto, o uso das forças militares fora dos limites constitucionais, ainda que se trate de um órgão auxiliar e reserva do Exército, configura violação à ordem constitucional e democrática com conseqüente desobediência a orientações nacionais e internacionais de concretização de Direitos Humanos. Como explanado por Sersale Di Cerisano (2013), a efetivação da justiça de transição com o estabelecimento do Estado Democrático de Direito não está limitada a reparar atos violadores cometidos por regimes anteriores, mas também pelo atual sistema que segue com obrigação de obediência aos Direitos Humanos.

4. Observações acerca da segurança pública no Estado de Minas Gerais

Para entender a justiça de transição é necessário considerar que as medidas que devem ser adotadas na busca pela democracia não devem se restringir ao período de transição, a aplicação da justiça de transição não se limita às hipóteses de mudança de regime. É possível que não se trate necessariamente de mudança de regime, mas exista arbitrariedades e violações de direitos humanos no âmbito do próprio governo vigente (SERSALE DI CERISANO, 2013). Assim, a atual situação envolvendo a fase preliminar da persecução penal no Estado de Minas Gerais tem o condão de ilustrar a importância do debate.

Inicialmente, o Sistema Integrado de Defesa Social (SIDS), em funcionamento no âmbito da Secretaria de Estado de Defesa Social (SEDS) do Estado de Minas Gerais, permite a todos os órgãos de segurança pública (Polícia Civil, Polícia Militar e Corpo de Bombeiro Militar) a atribuição para procederem ao registro de fatos criminosos (REDS, procedimento equivalente ao tradicional Boletim de Ocorrência) (<http://www.reds.sids.mg.gov.br/>). Assim, é possível que qualquer desses fatos sejam registrados em repartição militar, inclusive com condução do preso em flagrante, antes da apresentação à autoridade responsável pela ratificação ou não do flagrante.

Tal conduta é justificada a partir de uma visão instrumentalista pautada, principalmente, na falta de estrutura de pessoal e material de outra instituição exclusivamente receber a demanda. Indubitavelmente o problema existe, não se discute a precariedade e falta de recursos nesse setor da segurança pública. Contudo, a solução harmônica ao Estado Democrático de Direito não parece ser a lógica do “quanto mais melhor” no sentido de, ao invés de haver uma reestruturação dos órgãos com atribuição constitucional com os investimentos que não apenas são necessários, mas são emergenciais, haver atos violadores de normas constitucionais.

Nessa direção, com o mesmo argumento utilitarista supracitado somado à existência de um plantão regionalizado, que não raras vezes obriga extensos deslocamentos por partes dos militares (igualmente o problema é existente e solucionável a partir de investimentos públicos nos respectivos setores de segurança), e o baixo número de servidores da Polícia Civil, iniciou-se o debate acerca da lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência também pela Polícia Militar^[9] ^[10]. Em um primeiro momento em regiões específicas através de espécies de termos de cooperação entre a Polícia Militar e membros do Ministério Público Estadual e decisões judiciais de primeira instância no que tange a aplicação do procedimento na delimitação territorial da respectiva comarca. Depois, pelo conteúdo da própria Lei Estadual n. 22.257/2016.

A investigação criminal por agente alheio à autoridade policial viola todo sistema legal e constitucional dedicado ao Estado-investigação. Nesta direção, O art. 2º, §1º, da Lei n. 12.830/2013, afirmou que *“ao Delegado de Polícia, na qualidade de Autoridade Policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de Inquérito Policial ou outro procedimento previsto em lei”* (ex.: art. 69 da Lei n. 9.099/95, TCO). Destarte, dentro do contexto policial, representações judiciais de medidas cautelares (ou outras providências investigativas) aptas a restringirem direitos individuais em busca da elucidação de fato criminoso não militar, revela

verdadeira aberração jurídica quando não subscritas (ou dirigidas) pelo Delegado de Polícia. Tem-se um ato arbitrário, utilitarista e sem fundamento democrático denotando grave afronta a direitos fundamentais em eventual acolhida pelo Poder Judiciário.

Nesta direção, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (*Pacto de São José da Costa Rica, promulgado no Brasil por meio do Decreto n. 678 de 1992*) no item 5, do art. 7º, ao tratar do direito à liberdade pessoal, expressa que toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida sem demora à presença do juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais. No caso brasileiro, considerando a organização legal das duas fases da persecução penal (administrativa e judicial), essa autoridade é o delegado de polícia (integrante do Poder Executivo) no exercício de funções judiciais. Assim, à corroborar a possibilidade de uma autoridade administrativa (delegado de polícia) exercer função judicial, o item 6 do mesmo dispositivo internacional analisado, infere que, a decisão da primeira autoridade de garantia poderá ser revista através de recurso dirigido a um juiz (Poder Judiciário), ou seja, a autoridade judicial poderá revisar o ato da autoridade administrativa no exercício de função judicial. Nos países em que essa primeira análise de legalidade da prisão é realizada por um juiz, a Convenção prevê a possibilidade de recurso a um tribunal. Destarte, no sistema processual penal brasileiro, em consonância com convenção internacional, é direito da pessoa presa ser apresentada imediatamente a um delegado de polícia previamente constituído para o ato.

Além da função judicial exercida no ato de apresentação do preso em flagrante, em que o delegado realizará o primeiro juízo de tipicidade do fato, importante destacar que, no curso do inquérito policial existem medidas investigatórias que são decididas exclusivamente pelo Estado-juiz (reserva absoluta) e medidas que são decididas pelo Estado-investigador com posterior controle do Estado-juiz (reserva relativa), denotando que o ordenamento brasileiro adotou o sistema de reserva absoluta e relativa da jurisdição. A jurisprudência brasileira, em consonância com o sistema legal e constitucional de atribuições da Polícia Judiciária, reconhece a legitimidade do delegado em peticionar junto ao Poder Judiciário providências ou medidas cautelares necessárias à eficácia da investigação criminal, sem descartar a possibilidade de parecer opinativo do Ministério Público (TRF-4, A.I. n. 5032332-92.2014.404.0000/RS; TRF-1, proc. n. 1458-22.2013.4.01.3819; STF, RE n. 593.727) (ANSELMO et. al., 2016).

Nesse cenário, em assembleia realizada no dia 11 de janeiro de 2016, o Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de Minas Gerais (SINDEPOMINAS),

dentre outras deliberações, decidiu pela formalização de ofícios à Defensoria Pública e a OAB, solicitando que levem aos Tribunais Internacionais as questões de TCO e solicitações e cumprimento de mandado de busca e apreensão representados pela PMMG, com base na violação de Direitos Humanos e pela elaboração de ofício à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por violação de Direitos Humanos pela formalização de TCO e representação e cumprimento de mandado de busca e apreensão pela PMMG. Contudo, tais medidas ainda não foram concretizadas.

De acordo com a redação do art. 191 da Lei Estadual n. 22.257/2016, *“o termo circunstanciado de ocorrência, de que trata a Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, poderá ser lavrado por todos os integrantes dos órgãos a que se referem os incisos IV e V do caput do art. 144 da Constituição da República.*

O citado dispositivo foi vetado pelo Poder Executivo. Contudo, o veto foi derrubado pela ALMG em 8/12/2016 e a lei promulgada com o texto originário. De acordo com a argumentação do Governador do Estado, o termo circunstanciado de ocorrência não é um mero registro de crime, mas um substituto de inquérito policial, em casos de menor potencial ofensivo. Por essa razão, o veto seria necessário, uma vez que a Constituição atribui apenas à União legislar sobre matéria processual.

Neste sentido, o citado art. 191 que confere à Polícia Militar a possibilidade de lavrar termo circunstanciado foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5637) ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil junto ao STF. Em síntese, argui-se a violação de competência privativa da União para legislar sobre processo penal (art. 22, I, CRFB) e a contrariedade da matéria com as atribuições policiais constitucionalmente fixadas (art. 144, §§4º e 5º). Da análise do processo, que ainda se encontra em andamento, verifica-se manifestação da AGU (Advocacia Geral da União) pela inconstitucionalidade do dispositivo questionado^[11]; do CONAMP (Conselho Nacional do Ministério Público) requerendo a admissão como *amicus curiae* e manifestando pela procedência da ADI tendo em vista a inconstitucionalidade do dispositivo questionado; do Conselho Nacional dos Procuradores Gerais dos Estados e da União igualmente requerendo a admissão como *amicus curiae* com base na relevância e repercussão da matéria; por fim, da ANASPPRA (Associação Nacional de Entidades Representativas de Policiais Militares e Bombeiros Militares Estaduais) também requerendo a admissão como *amicus curiae*, oportunidade em que defende a constitucionalidade do dispositivo questionado (BRASIL, 2017).

Não se pode negar a existência de um ponto que, talvez, esteja realmente atrás das alegações utilitaristas. A desmilitarização, que não pode ser confundida com restrição de direitos de policiais ou desarmamento, é um tema em debate no Congresso Nacional (exs.: PEC 102 e 430). Vários são os fatores, alheios ao objeto do presente estudo, que fomentam a discussão. Pode-se citar o alto índice de homicídios vitimando militares e civis, recomendação da Organização das Nações Unidas, efetivação do Programa Nacional de Direitos Humanos etc.

De outro lado, surge o debate do ciclo completo que autorizaria a execução de todos os atos de polícia administrativa e de polícia judiciária por corporação militar. O aparato militar utilizado para investigar crimes militares seria utilizado também na elucidação de crimes não militares. A legalização do TCO é um importante passo para essa corrente.

Todas as instituições policiais são dignas do mesmo respeito e importância constitucional, assim como os demais órgãos constitucionalmente organizados. A questão é de não se atropelar atribuições e garantias constitucionalmente asseguradas, sob pena de violação do Estado Democrático de Direito e consequente violação a direitos humanos. Não se pode negar a imprescindibilidade do debate acerca da reestruturação do modelo de segurança pública brasileira ou do próprio modelo de polícia. Entretanto, defender a realização do ciclo completo por instituição militarizada, nos moldes atualmente postos, além de irresponsável, denota flagrante violação às noções de devido processo (procedimento) legal com grave afronta a direitos fundamentais. Portanto, a discussão acerca do ciclo completo requer prévio debate sobre o modelo de polícia. Fora disso, usurpação de atribuição constitucional, especialmente referente a medidas limitadoras de direitos, expressa ruptura ao Estado Democrático de Direito.

Referências

ANSELMO, Márcio Adriano; BARBOSA, Ruchester Marreiros; GOMES, Rodrigo Carneiro; HOFFMANN, Henrique; MACHADO, Leonardo Marcondes. **Investigação Criminal pela Polícia Judiciária**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

BASSIOUNI, M. Cherif. **The Chicago Principles on Post-Conflict Justice**. International Human Rights Law Institute, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta dze Inconstitucionalidade n. 5637/MG**. Relator: Ministro Edson Fachin. Ação em andamento. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo> > Acesso em: 15 de junho de 2017.

JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Justiça de Transição e os fins da pena**. Revista Brasileira de Direito. ISSN 2238-0604. Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 207-222, jul/dez 2016.

_____; MIGUENS, Marcela Siqueira. **Justiça de Transição: uma aplicação dos princípios de Chicago à realidade brasileira**. Revista Eletrônica de Direito Penal. ISSN 2318-4892. Brasília, v. 1, n. 1, p. 22-43, junho, 2013.

MADEIRA, Anderson Soares; PEREIRA, Fernanda Moreira Campos; VALE, Sergio Luiz Vasconcelos do. **REPARAÇÃO: Princípio Fundamental para Efetivação da Justiça de Transição no Brasil Pós Ditadura**. Revista Eletrônica de Direito da Faculdade Estácio do Pará. ISSN 2359-3229. Pará, v. 01, n. 02, 2015.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. Observatório do PNDH-3. Disponível em: <http://www.pndh3.sdh.gov.br/portal/sistema/sobre-o-pndh3>. Acesso em: 15 de jun. 2017.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 6ª ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2017.

SERSALE DI CERISANO, Federico. **Justicia transicional en las Américas: el impacto del sistema interamericano**. Revista IIDH, v. 57. p. 115-136. Jan/jun, 2013.

SILVA, Helder Pereira. **O controle civil das Forças Armadas brasileiras após o advento do Ministério da Defesa. Conhecimento e Diversidade**. Editora UnilaSalle. ISSN 2237-8049. Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 108-120, jul/dez 2010.

SINDEPOMINAS. Comissão de Prerrogativas. **Análise da Resolução Conjunta nº 184/14 que institui protocolo de atuação operacional para registro e tramitação de procedimentos de natureza penal, tais como TCO, APFD e AAFAI**. Disponível em: <http://www.sindepominas.com.br/noticia/sindepominas-entrega-a-chefia-de-policia-parecer-contrario-a-resolucao-1842014>. Acesso em: 15 de jun. 2017.

NOTAS:

^[1] Como parte das reformas políticas gerais sobre a prestação de contas e garantia da boa governança, os Estados-membros devem combater a corrupção, assegurando a transparência do financiamento, gestão institucional e programas de desenvolvimento relativos à justiça pós-conflito. As organizações internacionais

devem servir de modelo para o combate à corrupção e para a transparência na prestação de contas (BASSIOUNI, 2007).

^[2] O resultado da justiça pós-conflito é fruto de um processo complexo, multifacetado e interdisciplinar que vai além de uma análise formalmente legal que, não raras vezes, não suprem as necessidades das vítimas, podendo revelar sérias limitações dentro de um governo que enfraquece a fé da sociedade na legitimidade dos processos judiciais. Uma justiça socialmente coerente requer um processo penal em harmonia com ampla estratégia de responsabilização. A história recente mostrou que o reforço da responsabilização e a minimização da impunidade são elementos importantes para a construção de Estados democráticos pós-conflito. Também são essenciais ao estabelecimento do Estado de Direito, ao respeito dos direitos fundamentais e do sofrimento das vítimas, bem como a prevenção da reincidência de futuras violações (BASSIOUNI, 2007).

^[3] Os sete Princípios de Chicago sobre Justiça pós-conflito podem ser apresentados da seguinte forma:

Princípio 1 - os Estados-Membros devem processar os supostos violadores dos direitos humanos e do direito humanitário.

Princípio 2 - os Estados devem respeitar o direito à verdade e investigações formais de violações passadas por comissões de verdade ou outros órgãos.

Princípio 3 - os Estados devem reconhecer o estatuto especial das vítimas, garantir o acesso à justiça e desenvolver soluções e reparações.

Princípio 4 - os Estados devem implementar políticas de sanções e medidas administrativas.

Princípio 5 - os Estados devem apoiar os programas oficiais e iniciativas para homenagear as vítimas, educar a sociedade sobre violência política do passado e preservar a memória histórica.

Princípio 6 - os Estados devem apoiar e respeitar os princípios tradicionais, indígenas e religiosas em relação às violações anteriores.

Princípio 7 – os Estados devem apoiar reforma institucional do Estado de Direito para restaurar confiança do público, promover os direitos fundamentais e de apoio boa governança.

^[4] Deve haver cooperação entre os Estados no sentido de superarem violações de Direitos Humanos e viabilizar a governança. A reforma institucional deve passar pela reestruturação de setores ligados à segurança, justiça e efetivação de direitos fundamentais. É importante que haja consulta pública com ampla participação das vítimas, suas famílias e comunidades afetadas. O Estado e a sociedade, que também deve ser representada pelas minorias, especialmente aquelas vítimas de violações de direitos, devem se unir em apoio ao Estado de Direito, promovendo direitos fundamentais e restaurando a confiança. O desarmamento deve ser fomentado, com consequente desmobilização dos grupos armados e reintegração social (BASSIOUNI, 2007).

^[5] *“O Brasil passou, ao longo de sua história, por diversos períodos em que houve a prática sistemática e/ou generalizada de condutas que podem ser classificadas, contemporaneamente, como crimes contra a humanidade. Pode-se fazer referência à escravidão negra e, mais recente, ao período militar, que entre 1964 e 1985, foi responsável por um sem-número de perseguições e da prática de violações graves”* (JAPIASSU; SOUZA, 2016, p. 207).

^[6] No que diz respeito à Argentina, *“a mudança do governo ditatorial para o democrático neste país se deu, consideravelmente, a partir de uma delicada conjugação entre militares e o novo regime. Antes de deixar o governo argentino, a liderança militar editou a Lei nº 22.924, que ficou conhecida como o decreto de auto-anistia. Ela determinou que fossem anistiados todos os delitos cometidos com motivação ou finalidade terrorista ou subversiva ocorridos entre 25 de maio de 1973 e 17 de junho de 1982”* (JAPIASSU; MIGUENS, 2013, p. 28).

^[7] *“Em 19 de março de 1964, no centro de São Paulo, ocorreu a Marcha da Família com Deus pela Liberdade, que levou milhares de pessoas às ruas e cujos objetivos eram: uma mobilização pública contra o governo de João Goulart; e impedir o estabelecimento do comunismo. No dia 31 de março, tropas saídas de Minas Gerais e São Paulo avançaram sobre o Rio de Janeiro, local em que o governo federal contava com o apoio de setores importantes da oficialidade e das Forças Armadas. Para evitar a guerra civil, Goulart abandonou o país, refugiando-se no Uruguai.*

No dia 1º de abril, o Congresso Nacional declarou a vacância da Presidência, tendo os comandantes militares assumido o poder. Em 9 de abril decretou-se o Ato Institucional Nº 1, que cassava mandatos e suspendia a imunidade parlamentar, a vitaliciedade dos magistrados, a estabilidade dos funcionários públicos e outros direitos constitucionais e que viria a ser o primeiro de uma série de atos. Em 15 de

abril de 1964, o Congresso Nacional elegeu o general Castello Branco para a presidência da República.

O governo militar estendeu-se até a abertura política de 1985, e foi marcado por autoritarismo, supressão dos direitos constitucionais, perseguição policial e militar, prisão e tortura dos opositores e pela censura prévia aos meios de comunicação. Cinco militares assumiram a presidência do país, sucedendo-se ao longo de 21 anos.

O último presidente da ditadura militar foi o general João Baptista Figueiredo, em cujo governo foi sancionada a lei de anistia. A Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979, concedeu anistia a todos aqueles que, no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, praticaram crimes políticos ou conexos. Ela nasceu com um caráter de indiscutível auto-anistia, uma vez que exclui do benefício aqueles que foram condenados pela prática de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal” (JAPIASSU; MIGUENS, 2013, p. 36).

^[8] Caracteriza-se pela responsabilização das violações ocorridas e pelo “estabelecimento de um Estado de Direito, o combate à impunidade e o fortalecimento de instituições democráticas” (JAPIASSU; MIGUENS, 2013, p. 24). Tem-se o “comprometimento com uma política internacional de paz, segurança e reconstrução nacional, bem como um movimento global de proteção dos direitos humanos” (JAPIASSU; MIGUENS, 2013, p. 24). “As experiências de transição vividas em determinadas localidades ou nações devem ser compartilhadas onde também se experimente processo semelhante” (JAPIASSU; MIGUENS, 2013, p. 24).

^[9] A própria Resolução conjunta SEDS TJMG PGJ DPMG PMMG nº 184, de 25 de abril de 2014 tentou instituir no âmbito administrativo o protocolo de atuação operacional para registro e tramitação de procedimentos de natureza penal, abarcando o Termo Circunstanciado de Ocorrência, Auto de Prisão em Flagrante Delito e o Auto de Apreensão em Flagrante de Ato Infracional, entre outros.

^[10] Contra essa resolução, o Parecer 01/2014 da Comissão de Prerrogativas do Sindepominas concluiu que “a Resolução nº 184/14, em que pese ser uma iniciativa que busca a concretude do princípio administrativo da eficiência, visando à economia de gastos dos cofres públicos, viola formal e materialmente a Constituição da República de 1988 e, como se não bastasse, transfere à Polícia Militar várias atribuições da Polícia Civil/Judiciária e, por fim, pretende retornar a esta última atividade há muito realizada pela SUAPI/SUASE e PMMG”. Nessa

direção, foi sugerida, aos chefes dos órgãos subscritores da Resolução, a suspensão dos efeitos da medida (SINDEPOMINAS, 2017).

^[11] Ementa: Processo Penal. Artigo 191 da Lei n. 22.257 de 27 de julho de 2016, do Estado de Minas Gerais que confere aos integrantes da polícia militar competência para lavrar termo circunstanciado. Vício formal. Ofensa à competência privativa da União para legislar sobre processo penal (artigo 22, inciso 1, da Constituição). A conclusão por sua invalidade formal não seria ilidida ainda que se considerasse que o dispositivo questionado trata de matéria concernente procedimentos em matéria processual (artigo 24, inciso XI e §§ 1º e 4º. da Carta). Violação ao artigo 144. §§ 4º e 5º da Lei Maior. Compete à polícia judiciária lavrar o termo circunstanciado de que cuida a Lei nº 9.099/1995. Precedentes. Manifestação pela procedência do pedido formulado pela requerente.

O PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO MEIO ALTERNATIVO À IMPUGNAÇÃO JUDICIAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

DIEGO ALVES LOPES: Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas, Especialista em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes, Servidor do Ministério Público do Estado do Amazonas, Chefe da Secretaria dos Órgãos Colegiados do Ministério Público do Estado do Amazonas.

Resumo: Este artigo, objetivou analisar o instituto do processo administrativo fiscal, enquanto instrumento alternativo ao processo judicial de impugnação em matéria tributária. A pesquisa perpassou pela questão constitucional relativa à impugnação de ato da Administração Tributária, bem como da possibilidade de petição mesmo na hipótese de silêncio legal; buscou-se apresentar posicionamentos doutrinários e normativo sobre a diferença entre procedimento e processo no âmbito do Direito Processual Tributário; vantagens de se optar pela tutela administrativa em comparação com a demanda judicial em matéria tributária. A relevância da pesquisa reside na intenção de se expor que embora um provimento jurisdicional tenha o condão de fazer coisa julgada, pacificando definitivamente uma controvérsia, o processo administrativo pode ser benéfico, célere e mais técnico, em que pese o órgão julgador não gozar das mesmas prerrogativas constitucionais asseguradas ao Poder Judiciário. Por fim, conclui-se que o processo administrativo fiscal goza de vantagens que podem assegurar ao contribuinte um provimento de maior qualidade, com maior celeridade e eficiência, sem excluir a possibilidade de se levar, em último caso, a demanda para apreciação de autoridade judiciária.

Palavras-chave: Direito Tributário. Processo Administrativo Fiscal (PAF). Aspectos jurídicos.

Abstract: This article aimed to analyze the institute of the tax administrative process, as an alternative to the judicial process of impugnation in tax matters. The research went through the constitutional question regarding the challenge of an act by the Tax Administration, as well as the possibility of petitioning even in the event of legal silence; we sought to present doctrinal and normative positions on the difference between procedure and process within the scope of Tax Procedural Law; advantages of opting for administrative protection in comparison with the judicial demand in tax matters. The relevance of the research lies in the intention to expose that although a judicial provision has the power to do *res judicata*, definitively

pacifying a controversy, the administrative process can be beneficial, quick and more technical, in spite of the fact that the judging body does not enjoy the same constitutional prerogatives assured to the Judiciary. Finally, it is concluded that the tax administrative process has advantages that can guarantee the taxpayer a higher quality provision, with greater speed and efficiency, without excluding the possibility of taking, as a last resort, the demand for assessment by the judicial authority.

Keywords: Tax Law. Tax Administrative Process (TAP). Legal aspects.

Sumário: 1. Introdução. 2. A garantia constitucional do contraditório e ampla defesa em matéria fiscal. 3. Diferença entre processo e procedimento fiscal. 4. As vantagens de se utilizar a esfera administrativa para a solução de lides de natureza tributária. 4.1. O preparo técnico dos julgadores em matéria fiscal. 4.2. Celeridade processual. 4.3. Da coisa julgada (administrativa). 5. Considerações Finais. 6. Referências.

1. Introdução

Fundado no inequívoco entendimento de que o fisco, no exercício de sua atividade se encontra, em primeira análise, exercendo atividade administrativa plenamente vinculada, adstrita aos princípios que regem o Direito Administrativo, dentre os quais se pode citar o princípio da legalidade, positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88), em seu art. 37, naturalmente pode ser objeto de questionamentos por parte do contribuinte.

Tal possibilidade de insurgência em face do poder estatal é corolário do princípio do contraditório e da ampla defesa, também constitucionalmente assegurado. Nesse diapasão, o exercício dessa garantia se dá por meio do processo, quer judicial, quer administrativo, no qual o sujeito passivo da obrigação tributária pode resistir à pretensão do fisco.

Feitas essas breves considerações, tendo em vista o objeto da pesquisa materializado neste artigo, optou-se por discutir os principais aspectos do processo tributário, sob o viés administrativo, de modo a discutir questões constitucionais, ponderar acerca da diferença entre processo e procedimento, ato administrativo, vantagens da seara administrativa como meio para se impugnar ato administrativo de natureza tributária.

Desta feita, passa-se à discussão acerca das questões constitucionais relativas ao contraditório e ampla defesa em matéria fiscal.

2. A garantia constitucional do contraditório e ampla defesa em matéria fiscal

Na obra Curso de Direito Tributário Brasileiro (2018, p. 427), Marcus Abraham ressalta que ante a complexidade e robustez do sistema tributário nacional, repleto de normas jurídicas de envergadura constitucional, legal e infralegal, não raro nascem conflitos de interesses entre a Fazenda Pública e o contribuinte, sendo indispensável, nesses casos, a pacificação, ou harmonização, desses interesses.

Nessa linha, ressalte-se que o contencioso tributário possui normas explícitas e implícitas, o que, em outros termos, significa dizer que embora não haja norma expressa a impugnação de atos administrativos está vinculada ao princípio do Estado de Direito, e à regra da legalidade, razão pela qual a “Administração Pública pode e deve rever seus próprios atos, sempre que estes estiverem eivados de ilegalidade” (MACHADO SEGUNDO, 2019, p. 109).

Em outros termos, a Constituição, em seu art. 5.º, XXXIV, “a”, assegura a todas as pessoas, quer físicas, quer jurídicas, o “direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder” (CR/88). Complementando o direito de petição, a Carta constitucional assegura que ninguém será privado de seus bens sem o devido “processo legal” (art. 5.º, LIV) e, por fim, garante, também no art. 5.º, mas desta vez no inciso LV, o contraditório e ampla defesa em “processo judicial ou administrativo”.

Não se pode, contudo, olvidar que o processo administrativo no âmbito federal é disciplinado pela Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, aplicada subsidiariamente ao Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972.

Conclui-se, portanto, que o silêncio legal não impede a existência do processo para contrapor pretensão do fisco, ou seja, os atos praticados pela Administração Tributária “são essencialmente impugnáveis, podendo ser objeto de questionamento perante a própria Administração Pública” (MACHADO SEGUNDO, 2019, p. 111).

3. Diferença entre processo e procedimento fiscal

Em que pese o tópico indicar que há diferenças entre os conceitos de processo e procedimento fiscal, as posições doutrinárias indicam que o debate sobre o assunto é não só interessante, como está longe de ser pacífico.

A título de exemplo, Marcus Abraham (Curso de Direito Tributário Brasileiro, 2018, p. 429) reconhece que existem inúmeras linhas doutrinárias que discutem a diferença conceitual entre os dois termos, ao passo que chama essa dissociação de “tecnicismo exacerbado”. Conclui o autor que “não há óbice para se utilizar a denominação ‘processo administrativo fiscal’ em todas as situações de natureza tributária, litigiosa ou não, que envolvam o contribuinte e a Fazenda Pública” (ABRAHAM, 2018, p. 429).

Leandro Paulsen (2015) segue linha semelhante ao afirmar que “o processo administrativo abrange todo o procedimento de fiscalização e de autuação (a ação fiscal) e o processamento da impugnação e dos recursos (a fase litigiosa)” (PAULSEN, 2015, p. 421).

Machado Segundo (2018), noutro giro, afirma que toda a atividade da Administração Pública é procedimentalizada, isto é, que se desenvolve por meio de procedimentos, “ao final dos quais são praticados atos administrativos” (2018, p. 408). Complementa o raciocínio explicando que caso o contribuinte manifeste inconformismo, poderá fazê-lo por meio de impugnação ao ato administrativo praticado, dando origem a um processo administrativo “propriamente dito” (2018, p. 408).

James Marins (2018), por sua vez, explana que se pode afirmar, “que a partir da Constituição de 1988, é a configuração administrativa da litigiosidade entre a Administração Pública e o administrado que dispara o mecanismo de natureza processual” (MARINS, 2018, p. 151). Em outros termos, o processo (fase litigiosa) é precedido do procedimento (fase oficiosa).

Por fim, impende mencionar que o Decreto n.º 70.235/1972 inclui Procedimento como seção (III) do Capítulo I, que tem “Do Processo Fiscal” como tema.

4. As vantagens de se utilizar a esfera administrativa para a solução de lides de natureza tributária

Na lição de Marcus Vinícius Rios Gonçalves (2018), “A coisa julgada é uma qualidade dos efeitos da sentença (ou decisão interlocutória de mérito), que se tornam imutáveis quando contra ela já não cabem mais recursos” (GONÇALVES, 2018, p. 121), isto é, havendo conflito de interesses entre a Fazenda Pública e o contribuinte, pode-se concluir, inicialmente, que um provimento jurisdicional daria mais segurança na solução da lide. Todavia, esta conclusão não é uma verdade incontestável.

Por óbvio, não se pode comparar os efeitos das decisões emanadas por um agente administrativo com a de um órgão jurisdicional. De certa forma, pode-se até encontrar algumas desvantagens num processo administrativo, dentre as quais, segundo Machado Segundo (2019, p. 122), são: (a) a autoridade julgadora não possui a independência e a imparcialidade que, em tese, os juízes têm; (b) a autoridade administrativa não goza de competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei; (c) não se exige da autoridade fiscal a formação em Direito, “faltando-lhe o domínio de certos conceitos de teoria geral do direito e hermenêutica jurídica” (MACHADO SEGUNDO, 2019, p. 122).

Noutro espectro, pode-se encontrar algumas relevantes vantagens que, ao final, podem assegurar ao contribuinte um resultado justo e técnico à tutela pretendida. Vejamos.

4.1. O preparo técnico dos julgadores em matéria fiscal

Embora não possuam necessariamente formação jurídica, os órgãos julgadores “em especial colegiados, decidem com preparo e independência não verificável em muitos membros do Poder Judiciário” (MACHADO SEGUNDO, 2019, p.123).

A afirmação anterior é bem óbvia, se considerarmos que os conhecimentos exigidos nos concursos de ingresso para as carreiras da magistratura não exigem que o candidato possua amplo conhecimento na área fiscal, conforme se pode verificar na Resolução n.º 75, de 12 de maio de 2009, do Conselho Nacional de Justiça.

A citada resolução traz em seus Anexos uma série de conteúdos a serem exigidos a depender do ramo do Poder Judiciário e, especificamente no art. 47, inciso I, de forma expressa, destaca que nas provas discursivas deverão constar questões relativas a “noções gerais do Direito”.

Por outro lado, o corpo técnico das Fazendas Federal, Estaduais e Municipais são especializados, o que assegura um provimento tecnicamente de maior qualidade.

4.2. Celeridade processual

Constitucionalmente previsto, o princípio da celeridade processual assegura que no âmbito judicial ou administrativo, os processos terão duração razoável (CR/88, art. 5.º, LXXVIII). Contudo, os órgãos jurisdicionais recebem

processos das mais variadas matérias e em expressiva quantidade, comprometendo a celeridade. Para se ter uma ideia, o Relatório Justiça em Números 2019, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça, informa que no final de 2018, o Poder Judiciário contava com um acervo de 78,7 milhões de processos aguardando solução definitiva (2019, p. 79).

O mesmo relatório destaca, na mesma página referenciada, que em “relação à Justiça Estadual e Federal o estoque permaneceu quase constante nos últimos 2 anos” (2019, p. 79), o que indica que a judicialização de diversas causas não permite ao Poder Judiciário dar respostas ao jurisdicionado em celeridade suficientemente hábil para a redução de seu acervo processual.

Por outro lado, “é de se ressaltar que o processo administrativo é, em regra, mais célere, menos formal, menos dispendioso, dispensa a contratação de advogado e, em seu transcurso, os gravames causados pelo ato impugnado mantêm-se suspensos” (MACHADO SEGUNDO, 2019, p. 123), isto é, lapso temporal entre a impugnação e o provimento tende a ser mais curto e menos dispendioso para o contribuinte.

Por fim, não se olvide o disposto no art. 24 da Lei n.º 11.457, de 16 de março de 2007, que dispõe sobre a Administração Tributária Federal:

Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.

Resta claro, portanto, a vantagem no que tange à celeridade, na escolha do processo administrativo para a solução de controvérsias de natureza tributária.

4.3. Da coisa julgada (administrativa)

Inobstante a figura da “coisa julgada” seja uma qualidade de que gozam os provimentos jurisdicionais, a doutrina brasileira de forma recorrente tem tratado da matéria na seara do Direito Administrativo, discutindo-se a imutabilidade de decisões emanadas de autoridade administrativa e a conseqüente “coisa julgada administrativa”.

Nesse respeito, Celso Antônio Bandeira da Mello (2009, p. 452-453), destaca:

“Ressalte-se que a chamada ‘coisa julgada administrativa’ abrange a irrevogabilidade do ato, mas sua significação é mais extensa. Com efeito, nela se compreende, além da irrevogabilidade, uma irretratabilidade que impede o questionamento do ato na esfera judicial, ao contrário da mera irrevogabilidade, que não proíbe à Administração impugnar em juízo um ato que considere ilegal e não mais possa rever na própria esfera.

Inversamente, seu alcance é menos extenso do que o da coisa julgada propriamente dita. Com efeito, sua definitividade está restrita a ela própria, Administração, mas terceiros não estão impedidos de buscar judicialmente a correção do ato.” (grifo nosso)

Pelo exposto, resta claro que o êxito do contribuinte na esfera administrativa “implica no reconhecimento da Administração Pública de que o ato impugnado era equivocado” (MACHADO SEGUNDO, 2019, p. 123), encerrando definitivamente o conflito, mostrando-se vantajoso para todos os envolvidos.

Em outros termos, à Administração não é facultado recorrer judicialmente de uma decisão por ela mesma emanada, ao passo que ao contribuinte, não lhe sendo favorável o provimento do fisco, é perfeitamente possível recorrer ao Poder Judiciário para corrigir ato ilegal contra ele proferido. Trata-se, portanto, de clara vantagem conferida ao contribuinte na defesa de seus interesses na seara fiscal.

5. Considerações Finais

O processo administrativo fiscal, enquanto meio para a solução de litígios entre o contribuinte e o fisco, demonstra-se, sopesando as desvantagens e vantagens, útil e eficaz na pacificação social em matéria tributária.

Notou-se, com esta pesquisa, que embora o processo judicial pareça ser, em uma análise inicial, vantajoso ao contribuinte sob viés da imutabilidade do provimento jurisdicional, o processo administrativo fiscal, por ser conduzido por autoridades administrativas julgadoras com amplo conhecimento técnico, tem seus fatos analisados com mais conhecimento de causa, sem dispensa de direitos constitucionais, como o contraditório e a ampla defesa.

Aliado a isso, a celeridade passa a ser uma vantagem notória, em especial quando comparada com a enorme quantidade de processos sob auspícios do Poder Judiciário nacional.

Resta, portanto, considerando-se os argumentos e fundamentos trazidos à baila, claro que o processo administrativo fiscal é um meio valioso e vantajoso, como alternativa ao processo judicial na solução de litígios de natureza fiscal.

6. Referências

6.1. Legislação:

BRASIL. **Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972.** Dispõe sobre o processo administrativo fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 7/3/1972.

BRASIL. **Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Código Tributário Nacional. Diário Oficial da União, Brasília, 27/10/1966.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Assembleia Nacional Constituinte. Diário Oficial da União, Brasília, 5/10/1988.

BRASIL. **Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União, Brasília, 1/2/1999 e retificado em 11.3.1999.

BRASIL. **Lei n.º 11.457, de 16 de março de 2007.** Dispõe sobre a Administração Tributária Federal. Diário Oficial da União, Brasília, 19/3/2007.

BRASIL. **Resolução n.º 75, de 12 de maio de 2009, do Conselho Nacional de Justiça.** Dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional. Diário Oficial da União, Brasília, 21/5/2009.

6.2. Obras jurídicas:

ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Tributário Brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense. 2018.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 2: processo de conhecimento (2.ª parte) e procedimentos especiais.** 14.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de Direito Tributário**, 10.^a ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Atlas, 2018.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**, 11.^a ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro: administrativo e judicial**. 11.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26.^a ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 7.^a ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

6.3. Outras publicações:

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019: ano-base 2018**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 2/3/2020.

A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS REDES SOCIAIS NA PUBLICIDADE DIRECIONADA LESIVA AO CONSUMIDOR

MARIO AUGUSTO CARVALHO DE FIGUEIREDO:

Graduado em Direito pela ITE/Bauru-SP. Defensor Público do Estado de São Paulo desde 2013. Mestrando em Direito pela PUC/SP.

Resumo: O presente trabalho busca, a partir de uma breve análise histórica, apontar a responsabilidade das redes sociais na publicidade dirigida, sobretudo quando lesiva ao consumidor. Também pretende analisar a ilegalidade praticada no compartilhamento indevido de dados pessoais dos usuários. A pretensão é justamente verificar como a aplicação dessa tecnologia da informação é empregada, bem como o reflexo dessa exposição dos consumidores que são, sem qualquer consentimento, integrados nessa relação. Para tanto, foram analisadas doutrinas, textos em áreas variadas, e, em especial, legislações que pudessem regular o tema. Por meio de tal análise chegou-se à conclusão de que, não obstante certo avanço, ainda se mostra necessária uma regulamentação específica do tema.

Palavras-chave: Redes Sociais. Publicidade Direcionada. Prática Lesiva. Responsabilidade Solidária.

Abstract: This present study seeks to, from a brief historical analysis, point out the responsibility of social networks in targeted advertising, especially when it is harmful to the consumer. It also intends to analyse the illegality practiced in the improper sharing of users' personal data. The intention is precisely to verify how the application of this information technology is employed, as well as the reflection of this exposure of consumers who are, without any consent, integrated in this relationship. To this end, doctrines, texts in various areas, and, in particular, legislation that could regulate the topic. Through this analysis, it was concluded that, despite some progress, specific regulation of the theme is still necessary.

Keywords: Social Networks. Targeted Advertising. Injurious Practice. Solidary Responsibility.

Sumário: Introdução. 1. Uma breve evolução histórica. 2. Hipóteses de publicidade direcionada lesiva ao consumidor. 2.1. *Compartilhamento indevido de dados pessoais com agências de publicidade.* 2.2. *Sugestão de publicidade enganosa por parte das redes sociais.* 3. Legislação aplicável nas relações de consumo no âmbito das redes sociais. 3.1. *Código de Defesa do Consumidor.* 3.2. *Decreto 7.962/13.* 3.3. *Projeto de Lei do Senado nº 281, de 2012.* Conclusão. Referências.

Introdução

É certo que há muito tempo a internet já vem se mostrando como um dos principais atores na ampliação de negócios, sendo a publicidade direcionada uma grande ferramenta de fortalecimento do relacionamento entre anunciante e usuário.

Ocorre que o Brasil é o terceiro país com o maior número de usuários ativos no Facebook, ficando atrás dos indianos e dos norte-americanos no ranking de países com mais perfis na rede social de Mark Zuckerberg.

Em todo o mundo o número de usuários diários do Facebook ultrapassa a marca de 2,3 bilhões, segundo dados divulgados pela própria empresa.

Segundo Lewis e Bridges (2004), "os novos consumidores verificam rótulos, fazem perguntas pertinentes e sabem quais são os seus direitos legais". Além disso, este novo consumidor é mais "consciente de seu papel como agente transformador da qualidade das relações de consumo e como influenciador no comportamento de empresas e instituições". (SAMARA e MORSCH, 2005, p.244).

Como poderia ser presumido, é evidente que esse cenário passou a ser amplamente explorado pelos setores de publicidade. Entretanto, pode-se afirmar que o grande salto na forma de atingir os usuários está relacionado com a "publicidade sugerida ou direcionada".

A publicidade direcionada é, como sugere o próprio nome, direcionada, ou sugerida, de acordo com o público-alvo. Esse tipo de publicidade realiza um filtro dos seus destinatários, levando-se em consideração predileções previamente externadas pelo seu público final. Trata-se de uma forma de publicidade devidamente lapidada aos costumes, ao gosto, às preferências culturais, à profissão, dentre outras preferências pessoais, ou seja, perfeitamente sob medida ao usuário destinatário.

Com a finalidade de viabilizar essa escolha de usuários destinatários, é utilizado o sistema de inteligência artificial, que vai angariar e organizar essas preciosas informações sobre o público. Ocorre que essas informações colhidas na rede mundial de computadores conseguem definir diversos comportamentos do usuário, tudo isso analisando o seu rastro digital – histórico de páginas visitas, pesquisas realizadas, compras realizadas e abandonadas, localização do seu acesso, bem como outros diversos pontos que conseguem definir um perfil do usuário e cativar o potencial consumidor.

A inteligência artificial permite que o anunciante consiga otimizar tempo e evitar desperdício de recursos com propagandas ineficazes, proporcionando melhores resultados.

Esse marketing pormenorizadamente calculado fortalece, em muito, a relação entre anunciantes e usuários, uma vez que ao atingir o usuário, explorando suas crenças pessoais, produz um verdadeiro despertar de pertencimento ao destinatário da publicidade direcionada.

Ocorre que Bauman (1999, p.102), descreve exatamente essa sensação de pertencimento desejado pelos consumidores atuais. "Os consumidores dos tempos modernos, avançados ou pós-modernos são caçadores de emoções e colecionadores de experiências",

O fato é que uma publicidade personalizada para cada perfil de cliente pode alavancar qualquer negócio, ainda mais numa sociedade em que as pessoas são bombardeadas com excesso de ofertas e informações.

Podemos afirmar que a publicidade direcionada, utilizando-se da ferramenta da inteligência artificial, procede um verdadeiro garimpo das informações pessoais do usuário, como a idade, gênero, local em que mora e trabalha, local em que costuma consumir determinados produtos, dentre outros - aumentando a probabilidade de êxito de um negócio.

Nesse cenário, é certo que a relação estabelecida entre usuários e as empresas exploradoras das redes sociais deve se enquadrar numa relação de consumo, já que é notória a exploração econômica dessa tecnologia que, além de proporcionar lazer, também se mostra como uma inegável catalizadora de recursos financeiros.

O próprio Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 29, disciplina que: "Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas".

O consumidor deve ter, na internet, as mesmas garantias de quando se dirige até uma loja para realizar uma compra, tornando-se imperiosa a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Dessa forma, uma vez reconhecida a relação de consumo, por conseguinte, o usuário tem à sua disposição toda a proteção consagrada do Código de Defesa do Consumidor e também todas as garantias previstas na lei consumerista que devem ser aplicadas aos casos concretos.

Assim, o presente trabalho visa analisar, após um breve relato histórico, qual seria a legislação aplicável em casos de publicidade direcionada que possam vir a lesar consumidores, bem como eventuais julgados por Tribunais Superiores, em situações que se utilizaram dessa ferramenta de publicidade.

1. Uma breve evolução histórica

Nos últimos anos, com o advento da computação e da internet, diversas foram as mudanças causadas na sociedade. Nesse diapasão, os hábitos de consumo e de relacionamento social sofreram grandiosas mudanças.

A grande expansão da inclusão digital tem levado a bilhões de pessoas o acesso à internet, e, por consequência, o relacionamento com diversas redes sociais.

A Internet passou a ter um forte aspecto comercial, sustentada pela inserção de publicidade e a propaganda em seu meio (NANNI; CAÑETE, 2015).

Mais tarde, a revolução da inteligência artificial pode ser comparada a revolução industrial, na capacidade de mudança das relações de emprego e de consumo.

Embora se tenha uma pequena controvérsia, estudiosos apontam o período da segunda guerra mundial, diante da necessidade do avanço tecnológico, como o início do desenvolvimento da tecnologia da inteligência artificial.

No período da segunda guerra, destaca-se o matemático Alan Turing, responsável por acelerar o processo de quebra do código da máquina Enigma, que visava desvendar como os alemães se comunicavam durante a Segunda Guerra Mundial – episódio retratado no filme *Jogo da Imitação*. O matemático também foi responsável pela criação, aos 24 anos de idade, do teste de Turing: responsável por verificar a capacidade de uma máquina exibir comportamento inteligente equivalente a um ser humano, ou indistinguível deste.

Em 1956, o tema da inteligência artificial foi detalhado em um congresso pelo professor John McCarthy, da Universidade Stanford. Ele começou a usar o termo na conferência que fez na Faculdade de Dartmouth, em New Hampshire. O encontro é considerado por muitos como o grande marco da inteligência artificial, oportunidade em que foi consagrada essa denominação.

Foi na década de 60 que se pode creditar o grande avanço da inteligência artificial voltada para linha psicológica - especificamente no comportamento

humano, tais como o pensamento e a compreensão da linguagem, através do computador.

Nesse período, deu-se o surgimento do software ELIZA, o primeiro para simulação de diálogos, os chamados "robôs de conversação", criado no MIT, em 1966 por Joseph Weizenbaum. Trata-se de um programa ainda singelo que, usando técnicas de Inteligência Artificial, simulava um diálogo entre paciente e psicólogo - utilizando as frases do paciente para formular novas perguntas.

Já no ano de 1979, Hans Berliner criou um programa de computador denominado BKG 9.8, que deu origem a uma das primeiras disputas entre humanos e computadores em jogos, que teve ampla cobertura da mídia:

A disputa ocorreu em 15 de julho de 1979, quando o programa de computador BKG 9.8, que fora criado para jogar xadrez, descobriu outra aptidão, o gamão. A máquina foi convidada para competir contra o então campeão mundial do jogo, o italiano Luigi Villa. O campeão mundial foi surpreendido e acabou perdendo por 7 a 1 para o BKG 9.8, o que fez com que seu criador, o professor de ciências da computação Hans Berliner, levasse US\$ 5.000 para casa.

Outro caso emblemático que marcou a história da inteligência artificial se deu no célebre enfrentamento entre o computador Deep Blue e o campeão mundial de xadrez Garri Kasparov, já nos anos 90.

O confronto foi retratado da seguinte forma pela Folha de São Paulo (11/05/1997):

O confronto de seis partidas entre o campeão mundial de xadrez Garry Kasparov e o computador da IBM Deep Blue termina hoje à tarde, em Nova York, nos EUA, em ambiente de final de Campeonato Brasileiro de futebol. O clima entre o enxadrista russo Kasparov e a equipe de seis assessores do norte-americano Deep Blue está mais do que tenso. O foco de divergência foi o segundo jogo do duelo, vencido pelo computador da IBM. Depois daquela partida, Kasparov chegou a insinuar que Deep Blue estaria tendo ajuda humana. Os comentários do campeão irritaram a equipe da IBM. Chung-jen Tan, um dos principais pesquisadores da empresa, defendeu-a das insinuações e afirmou que a supremacia do computador é só questão de tempo. Em entrevista exclusiva à Folha, Tan diz achar que a "manha" do Deep Blue foi a razão do descontrole que o campeão mostrou após a segunda partida. Até ontem, a série estava empatada em 2 a 2, com uma vitória para cada lado e dois empates. A quinta partida estava marcada para as 16h de Brasília de ontem.

Em que pese toda a evolução já retratada, pode-se afirmar que é a partir dos anos 2000 que, ao nosso ver, se inicia a fase mais criativa e até mesmo perturbadora de desenvolvimento da inteligência artificial: um computador assume o volante de um veículo (2005); IBM Watson vence desafio Jeopardy, uma das mais famosas competições de perguntas dos Estados Unidos (2011); pela primeira vez no mundo, computador engana pessoas e passa no teste de Turing (2014); Microsoft lança Tay, robô que interage com as pessoas nas redes sociais (2016); e inteligência artificial Libratus consegue vencer 4 profissionais no pôquer (2017).

Como uma grande inovação do ano de 2018, podemos citar o lançamento pelo Google, em seu evento anual Google I/O, da tecnologia de inteligência artificial que tem a capacidade de escrever e-mails e realizar ligações telefônicas para realizar tarefas cotidianas.

Segundo pode se extrair dos relatos acima, só foram destacados alguns dos principais eventos que envolveram a ferramenta da inteligência artificial nos últimos anos, já que a história se mostra muito mais vasta e poderia ser objeto de um estudo específico.

Com isso, é notório que hodiernamente temos uma sociedade em que a inteligência artificial, de tão corriqueira na nossa realidade, passa completamente despercebida, mas se faz presente nas tarefas diárias. Estando presente nos sistemas de controle de veículos, nas assistentes pessoais (como a Cortana, a Alexa e a Siri), nos sistemas de tradução e comunicação de longa distância, nas ofertas de vídeos de streaming, nas tão utilizadas redes sociais e sistema de reconhecimento facial, dentre uma infinidade de chatbots, que oferece um sistema de atendimento automático.

Ocorre que embora a inteligência artificial tente passar despercebida nas situações acima citadas, é na manipulação populacional (ideológica e comercial) que ela parece não encontrar limites, já que se utiliza de forma indevida (sem consentimento) de dados de usuários, buscando imprimir suas crenças políticas e necessidades de consumo.

Peter Eckersley, cientista computacional chefe da Electronic Frontier Foundation, organização sem fins lucrativos que lida com direitos digitais, afirma que:

“O Facebook pode ficar sabendo quase tudo sobre você, usando inteligência artificial para analisar seu comportamento. Essa informação acaba sendo perfeita

tanto para publicidade quanto para a propaganda. Será que algum dia ele vai evitar a coleta de dados sobre as visões políticas ou outros fatos sensíveis das pessoas?”

Com a popularização da internet, naturalmente surgiram outros tipos de serviços de comunicação e entretenimento, como é o caso das redes sociais.

Tomaél e Marteleto (2006) consideram que uma rede é uma representação formal de atores e suas relações e que uma rede social se refere a um conjunto de pessoas, organizações ou outras entidades sociais “conectadas por relacionamentos sociais, motivados pela amizade e por relações de trabalho ou compartilhamento de informações e, por meio dessas ligações, vão constituindo e reconstruindo a estrutura social” (TOMAÉL; MARTELETO, 2006, p.75).

As primeiras notícias de serviços que possuem características de sociabilizar dados surgem no ano de 1969, com o desenvolvimento da tecnologia dial-up e o lançamento do CompuServe — um serviço comercial de conexão à internet em nível internacional muito propagado nos EUA.

Ocorre que o surgimento da primeira rede social só se deu em 1994, com o lançamento do GeoCities. Tratava-se de um serviço que oferecia recursos às pessoas para criação de suas próprias páginas na rede mundial de computadores.

Já em 2002, surgiram o Fotolog e o Friendster. Tratam-se de ferramentas que possibilitavam o compartilhamento de fotos, ideias e sentimentos na web. Sendo que o último oportunizava, inclusive, a possibilidade de fazer amizades na rede mundial de computadores ou transportá-los do mundo real para o virtual.

Nos anos posteriores pode-se citar o surgimento de diversas rede sociais, tais como LinkedIn, MySpace, Flickr, Orkut, Facebook, Twitter e Instagram.

Diante desse incrível sucesso e expansão das Redes Sociais, diversas empresas aderiram a esta ferramenta, sempre buscando manter um relacionamento com seus consumidores e atingi-los com sua publicidade de alguma forma.

Assim, o estudo da coleta indevida de dados digitais de usuários e a utilização dessas informações como vetor de publicidade direcionada é problema de grande relevância, tema que pretendemos abordar no presente trabalho.

2.Hipóteses de publicidade direcionada lesiva ao consumidor

Nesse tópico, buscaremos explorar dois pontos com relação a disseminação de publicidade direcionada por meio das redes sociais.

O primeiro é o compartilhamento de informações pessoais dos usuários por parte das empresas exploradoras das redes sociais, para empresas de publicidade.

Após, pretende-se explorar a responsabilidade solidária das redes sociais na sugestão ao usuário de publicidade enganosa/fraudulenta.

2.1 Compartilhamento indevido de dados pessoais com agências de publicidade

É certo o dever imposto às empresas exploradas das redes sociais de guardar sigilo com relação aos dados pessoais dos seus usuários. Essas empresas têm o dever legal de zelar pela proteção dos dados pessoais que detêm, bem como de não compartilhar qualquer informação pessoal sem o consentimento válido do seu titular.

Entretanto, não é novidade o surgimento de notícias que revelam o compartilhamento indevido de dados pessoais para empresas de publicidade, tudo isso visando possibilitar traçar o perfil do potencial consumidor, a fim de que se realize uma abordagem mais eficaz – como ocorre na publicidade sugerida.

Segundo noticiado recentemente, o Facebook cedeu dados pessoais dos usuários a gigantes da tecnologia, revela o jornal The New York Times:

A companhia de Mark Zuckerberg autorizou que empresas como Amazon, Bing, Netflix, Spotify e Yahoo tivessem acesso a informações de seus usuários. O Facebook compartilhou mais dados pessoais de seus usuários com cerca de 150 gigantes da tecnologia, como Microsoft, Amazon e Netflix do que tinha revelado até agora, segundo informou nesta quarta-feira (19) o jornal "The New York Times".

O jornal nova-iorquino teve acesso a centenas de documentos internos da companhia de Mark Zuckerberg que revelam como compartilhou os dados sem o consentimento dos usuários, que atualmente somam 2,2 bilhões. A publicação disse também ter entrevistado cerca de 50 ex-funcionários e parceiros da empresa. Em troca, o Facebook tinha acesso mais profundo às relações entre os usuários e essas empresas, e poderia sugerir mais conexões, como aquelas que aparecem no recurso "Pessoas que você talvez conheça".

(...)

No total, cerca de 150 companhias se beneficiaram destes acordos para entrar nos dados do Facebook. A maioria é voltada à área de tecnologia, mas

entre elas também havia lojas on-line, montadoras e empresas de comunicação, segundo a reportagem.

Outro escândalo recentemente noticiado está relacionado com a Cambridge Analytica, em que o Facebook compartilhou, sem autorização, dados de milhões de usuários:

Cambridge Analytica se declara culpada em caso de uso de dados do Facebook.

A Cambridge Analytica, assessoria britânica que trabalhou para a campanha eleitoral do presidente americano, Donald Trump, se declarou culpada nesta quarta-feira (9) por ter se negado a revelar dados pessoais que tinha extraído do Facebook. A empresa foi condenada por um tribunal de Londres a multa de 15 mil libras (US\$ 19,1 mil ou 16,7 mil euros) e terá ainda de pagar os custos do processo, no valor de 6 mil libras.

O Facebook já havia admitido que a Cambridge Analytica - uma assessoria política que dirigiu a campanha digital de Trump em 2016 - utilizou um aplicativo para coletar informações privadas de 87 milhões de usuários sem seu conhecimento. A empresa depois utilizou estes dados para mandar aos usuários publicidade política especialmente adaptada e elaborar informes detalhados para ajudar Trump a ganhar a eleição contra a candidata democrata Hillary Clinton.

Conforme já defendido no presente trabalho, fica evidente que os usuários que tiverem seus dados indevidamente compartilhados podem buscar a reparação do dano causado aplicando-se, inclusive, a responsabilidade objetiva consagrada no Código de Defesa do Consumidor.

A propósito, assim estipula o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor: "Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos".

No mais, o próprio Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) garante a privacidade e proteção de dados dos internautas.

Ocorre que o artigo 10 da Lei 12.965/2014 trata justamente da privacidade do usuário, ao estabelecer que os dados pessoais, as informações de acesso e os registros do usuário devem preservar a intimidade e a vida privada do usuário.

A propósito:

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

A proteção aos dados dos internautas é garantida e só pode ser quebrada mediante ordem judicial.

Ora, negar o dever das redes sociais em proteger os dados de seus usuários, seria o mesmo que afirmar que um banco não tem qualquer responsabilidade pelos dados que armazena dos seus clientes.

2.2 Sugestão de publicidade enganosa por parte das redes sociais

Basta uma singela navegada pela internet e, especialmente pelas redes sociais, para se deparar com diversas ofertas de bens, viagens, bem como uma gama de produtos e serviços.

Ocorre que também não é difícil encontrar uma grande diversidade de publicidade enganosa, que buscam se aproveitar dos meios digitais para levar o usuário a erro.

É certo que a empresa responsável pelo fornecimento do produto tem o dever inegável de reparar o consumidor no caso de um produto defeituoso.

Entretanto, o que se pretende defender no presente trabalho, é também a responsabilidade solidária das empresas exploradoras das redes sociais pela veiculação de publicidade direcionada enganosa.

Ora, uma vez que a rede social é remunerada para veiculação de uma publicidade sugerida, não faria sentido excluir sua responsabilidade quando veicula conteúdo enganoso ou lesivo ao consumidor.

O caráter econômico dos anúncios em redes sociais vem crescendo vertiginosamente nos últimos anos, conforme retrata reportagem do E-Commerce Brasil:

Valor investido em anúncios em redes sociais cresce 86%, diz estudo.

O investimento em anúncios pagos nas redes sociais cresceu 86% entre 2016 e 2017, aponta um estudo feito pela iProspect, agência de marketing full performance. O estudo foi realizado em 54 países e apresentou as tendências das redes sociais de 2017. Já em relação ao terceiro trimestre de 2017, o crescimento foi de 72%. A pesquisa foi realizada com mais de 210 marcas, cujas ações abrangem investimentos em vários países, incluindo o Brasil.

Gustavo Macedo, diretor da iProspect no Brasil, comenta que o aumento no quarto trimestre de 2017 não está fora de sintonia com o aumento do mesmo período do ano anterior. “Este aumento é impulsionado pelos avanços no espaço social pago, que continuam a melhorar o desempenho nas áreas de resposta direta, conscientização, crescimento da marca, prospecção e aquisição de novos clientes. Os clientes continuam a ver fortes resultados em anúncios pagos, construindo dados primários para impulsionar melhor performance em todos os canais”, explica.

Os preços dos contratos de publicidade são calculados através da estimativa de consumidores em potencial, especificados pelas informações pessoais anteriormente externadas pelos usuários.

Assim, uma vez reconhecido o valor econômico das redes sociais, já que remunerada por meio de contratos de publicidade e, por conseguinte, revelando-se um negócio jurídico oneroso, tem-se que se enquadra perfeitamente no conceito de serviço do artigo 3º, parágrafo segundo da Lei nº 8078/90.

A partir do momento em que a rede social interfere na publicidade direcionada, dando-lhe origem, escolhendo ou modificando o conteúdo ou selecionando o destinatário, passa a ser considerado responsável solidário, já que explora economicamente e assume o risco da publicidade lançada.

O Código de Defesa do Consumidor prevê a proteção do consumidor contra a prática de publicidade enganosa afirmando que são direitos básicos do consumidor a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.

A citada Lei não só proíbe a veiculação de informações de forma imprecisa e incorreta, bem como estabelece o dever de indenizar a empresa que realiza publicidade enganosa.

O CDC trouxe uma sistematização própria da tutela da publicidade na relação de consumo, que tem como primordial objetivo estabelecer o efetivo equilíbrio

entre as partes, impedindo a vantagem indevida para qualquer um dos envolvidos no negócio jurídico.

Assim, na hipótese de publicidade direcionada enganosa, deve-se aplicar a responsabilidade solidária elencada nos artigos 18 e 19 do CDC:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem **solidariamente** pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes **da disparidade**, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou **mensagem publicitária**, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas (grifo nosso).

Art. 19. Os fornecedores respondem **solidariamente** pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de **mensagem publicitária**, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: (grifo nosso).

No mais, o parágrafo único do artigo 7 da Lei Consumerista dispõe que:

Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

E também dispõe o § 1º do artigo 25 do CDC:

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

Assim, uma vez reconhecido o caráter econômico explorado pelas redes sociais na publicidade direcionada, a aplicação do Código de Defesa do

Consumidor é imperativa e, por consequência, as normas que consagram a responsabilidade solidária se impõem.

3. Legislação aplicável nas relações de consumo no âmbito das redes sociais

A grande expansão da inclusão digital proporcionou a milhões de brasileiros o acesso à internet. Nessa mesma proporção, verifica-se o crescimento da utilização das redes sociais no país – sendo o Brasil o terceiro país com maior número de usuários ativos no Facebook.

Nesse cenário, as empresas não mediram esforços para, utilizando-se das redes sociais, buscar a ampliação de negócios, sendo a publicidade direcionada uma grande ferramenta de fortalecimento do relacionamento entre anunciante e usuário.

No entanto, é possível que os destinatários desse tipo de publicidade tenham seus direitos violados e, por conseguinte, tenham de socorrer-se ao judiciário para reparação dos danos causados.

Inicialmente, pretende-se analisar a perspectiva do tema proposto com enfoque no Código de Defesa do Consumidor.

Após, será analisado o Decreto 7.962/13, editado com a finalidade de preencher algumas lacunas deixadas pelo CDC nas relações digitais.

E por fim, lançaremos alguns comentários ao Projeto de Lei do Senado nº 281, de 2012, que visa alterar a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), tratando do comércio eletrônico.

3.1 Código de Defesa do Consumidor

No que diz respeito à legislação aplicável às relações de consumo no âmbito virtual, por óbvio que o CDC se mostra como protagonista na defesa do consumidor.

O artigo 29 do mencionado estatuto, com uma redação muito sábia, parece ser o principal fundamento que legitima a sua aplicabilidade e proteção nas situações de exposição de consumidores a publicidade direcionada, bem como para a proibição da utilização de forma indevida (sem consentimento) de dados pessoais.

A propósito: "Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas."

Nesse sentido, Almeida leciona que:

Nesse caso, não há necessidade de intervenção concreta do consumidor, basta esteja ele exposto às práticas comerciais abusivas e já será alvo da tutela. Isso ocorre em regra, para proibir a veiculação de publicidade enganosa, impedindo preventivamente que os consumidores sejam induzidos a erro no momento da aquisição de produto ou serviço.

Já o fornecedor, é aquele que põe à disposição do consumidor bens ou serviços com habitualidade e profissionalismo, independentemente de ser ele o fabricante originário ou intermediário. O CDC, no seu artigo 3º, consagra a definição de fornecedor como sendo toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

E nos parágrafos 1º e 2º do art. 3º o legislador deu ainda a definição do que viriam a ser os produtos e serviços fornecidos como sendo produto qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial e o serviço como sendo qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações trabalhistas.

Quanto à existência da relação de consumo entre usuário e provedor de informações, ocorre que o Superior Tribunal de Justiça já se debruçou sob o tema, quando no julgamento do REsp 1.186.616, a ministra Nancy Andrichi entendeu aplicável o Código de Defesa do Consumidor:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.186.616 - MG (2010/0051226-3)

[...] Vale notar, por oportuno, que o fato de o serviço prestado pelo provedor ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo "mediante remuneração", contido no art.3º,§ 2º, do CDCC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.

[...] No caso da GOOGLE, é clara a existência do chamado cross marketing – ação promocional entre produtos ou serviços em que um deles, embora não rentável em si, proporciona ganhos decorrentes da venda de outro. Apesar de gratuito, o ORKUT exige que o usuário realize um cadastro e concorde com as condições de prestação do serviço, gerando um banco de dados com infinitas aplicações comerciais. Ademais, o ORKUT é importante ferramenta de divulgação e crescimento da marca “GOOGLE” – a mais valiosa do mundo, cujo valor, em 2009, foi estimado em mais de 100 bilhões de Dólares (<http://techcrunch.com/2009/04/30/guess-which-brand-is-nowworth-100-billion>) – diretamente atrelada à venda de produtos da GOOGLE, em especial espaços de publicidade em outros sites por ela mantidos.

Regulamentando a oferta de produtos e serviços, disciplina o artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor que:

“A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.”

Em se tratando da oferta de produtos e serviços no ambiente virtual, também deverá obedecer aos parâmetros estabelecidos no CDC, assegurando as informações corretas, claras e precisas, não podendo se aproveitar de dados compilados por meio de mecanismo algorítmico, a fim de influenciar o consumidor de forma indevida.

Com relação a clareza e a consciência de que o consumidor deve ter ao ser exposto a publicidade, o artigo 36 do CDC estabelece que: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.”

Ocorre que o artigo 36 do CDC não vem sendo respeitado no ambiente virtual, uma vez que os sites e redes sociais se utilizam de informações pessoais coletadas por intermédio da tecnologia da inteligência artificial e, sem o consentimento do consumidor, tentam influenciar ele com publicidade direcionada.

Da simples leitura dos mencionados artigos, denota-se a preocupação do legislador em proteger o consumidor de ser induzido a um consumo prejudicial, proibindo a publicidade enganosa ou abusiva.

Quanto ao tema, temos o seguinte ensinamento:

“A vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo virtual, alcança a jurídica, a fática, e prospera muito mais na informacional e na técnica, gerenciadores de emails, antivírus etc). Ademais, o consumidor está sujeito a outros elementos do ambiente virtual, e que podem de alguma forma afetar o processo de contratação via internet. Por exemplo: pela ação de maliciosos programas de computador disseminados na internet: vírus, spywares, blackdoors, keyloggers, worms, dentre outros; desenvolvidos por agentes experts da informática: hackers e crackers.” (SILVA & SANTOS, 2013, p.3)

Já com relação a compilação de dados pessoais pelo sistema de inteligência artificial, pode-se aplicar, de forma analógica, o artigo 43 do CDC, uma vez que determina que o consumidor tem o direito ao acesso às informações que constem em qualquer cadastro, banco de dados ou fichas relativas a si, e ainda sobre suas fontes, podendo-se exigir a correção de qualquer informação total ou parcialmente equivocada.

Ora, se é lícito ao consumidor ter pleno acesso às informações que constem em qualquer cadastro de entidades instituídas por Lei, não faria qualquer sentido lhe impedir o acesso de seus dados coletados (muitas vezes sem o seu consentimento) por empresas ou entidade com finalidade de influenciar o seu consumo ou comportamento.

Assim, após essa breve análise de alguns dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, verifica-se possível evocar a mencionada legislação como forma de proteção do consumidor no âmbito virtual, tanto para impedir a coleta indevida (sem consentimento) de dados pessoais, bem como proibir a publicidade abusiva.

3.2. Decreto 7.962/13

Em que pese a capacidade de abrangência do Código de Defesa do Consumidor, ficou claro que a mencionada legislação não foi editada com a finalidade de regular as relações estabelecidas no âmbito virtual, até mesmo pela data da sua edição. Assim, em 15 de março de 2013, foi sancionado o Decreto-Lei nº 7.962, que regulamenta o CDC, trazendo normas específicas para o comércio eletrônico.

O Decreto em comento buscou regulamentar a contratação no ambiente virtual, tendo por principal finalidade a identificação das partes nessa relação desigual.

O artigo 1º do Decreto é bastante elucidativo, elencando quais são os três pilares de proteção, relacionados com o direito de informação, com a facilitação do atendimento, bem como o direito de arrependimento.

Nesse sentido:

Art. 1º Este Decreto regulamenta a Lei no 8.078, de

11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico, abrangendo os seguintes aspectos:

- I - informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor;
- II - atendimento facilitado ao consumidor;
- e III - respeito ao direito de arrependimento.

Em apertada síntese, verifica-se que o Decreto aborda a necessidade de exibir, aos visitantes e clientes, informações claras sobre os produtos, serviços e fornecedores; prestar um atendimento facilitado ao consumidor e garantir o exercício do direito de arrependimento.

Analisando a finalidade do Decreto, Rosane Leal da Silva leciona que:

“O escopo de tal decreto é dispor sobre as informações que devem estar à disposição do consumidor sobre o próprio fornecedor, os serviços ou produtos que serão negociados; facilitação do atendimento do consumidor e garantia do direito ao arrependimento”.

Assim, tem-se que mencionado Decreto buscou facilitar a identificação de com quem se contrata, bem como as condições do contrato, não adentrando no campo da publicidade dirigida, bem como da compilação de dados pessoais.

3.3. Projeto de Lei do Senado nº 281, de 2012

No que diz respeito ao Projeto de Lei do Senado nº 281, de 2012, trata-se de proposta legislativa que busca alterar a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC), com a finalidade de adaptá-lo ao comércio eletrônico.

Em pesquisa realizada no site do Senado Federal, pode-se encontrar a seguinte ementa:

Altera a Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor – para aperfeiçoar as disposições gerais constantes do Capítulo I do Título I, estabelecendo que as normas e os negócios jurídicos devem ser interpretados e integrados da maneira mais favorável ao consumidor e dispor sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico, visando a fortalecer a sua confiança e assegurar tutela efetiva, preservar a segurança nas transações, a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais; as normas aplicam-se às atividades desenvolvidas pelos fornecedores de produtos ou serviços por meio eletrônico ou similar; estabelece que o consumidor pode desistir da contratação a distância, no prazo de sete dias a contar da aceitação da oferta ou do recebimento ou disponibilidade do produto ou serviço; dispõe que caso o consumidor exerça o direito de arrependimento, os contratos acessórios de crédito são automaticamente rescindidos, sem qualquer custo para o consumidor; tipifica como infração penal o ato de veicular, hospedar, exibir, licenciar, alienar, utilizar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem a expressa autorização de seu titular e consentimento informado, salvo exceções legais.

O Projeto de Lei do Senado- PLS nº281/2012 de autoria do Senador José Sarney, cria uma nova seção no Código de Defesa do Consumidor, tratando da divulgação dos dados do fornecedor, da proibição de spams, do direito de arrependimento da compra, mais proteção do consumidor no comércio internacional e das penas para práticas abusivas contra o consumidor.

Ocorre que o mencionado projeto de lei já teve sua aprovação pelo plenário do Senado Federal, sendo remetido em 04/11/2015 à Câmara dos Deputados, local em que permanece aguardando apreciação.

Correlacionando o Projeto de lei com o tema em comento, imperioso citar a modificação do artigo 6º do CDC, incluindo entre os direitos básicos do consumidor os incisos XI e XII:

XI - a **privacidade e a segurança das informações e dados pessoais** prestados ou coletados, por qualquer meio, **inclusive o eletrônico**, assim como o acesso gratuito do consumidor a estes e a suas fontes; (grifo nosso).

XII - a **liberdade de escolha**, em especial frente a novas tecnologias e redes de dados, vedada qualquer forma de discriminação e **assédio de consumo**; (grifo nosso).

Verifica-se, de forma salutar, a inclusão da privacidade e segurança dos dados pessoais coletados por qualquer meio, inclusive eletrônico, bem como a liberdade de escolha, proibindo qualquer forma de assédio de consumo, situações que, conforme amplamente exposto, não estão sendo respeitadas no cenário atual.

Nesse mesmo diapasão, o artigo 45-A trata da autodeterminação e privacidade de dados, também colidindo com as práticas adotadas de publicidade dirigida e coleta indiscriminada de dados do usuário.

Conforme pode-se extrair:

“Art. 45-A. Esta seção dispõe sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico e a distância, visando a fortalecer sua confiança e assegurar sua tutela efetiva, mediante a diminuição da assimetria de informações, a preservação da segurança nas transações e a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais.”

Já o artigo 45-F, acertadamente, veda ao fornecedor de produto e serviço o envio de mensagem eletrônica ou publicidade não solicitada ao consumidor:

“Art. 45-F. É vedado ao fornecedor de produto ou serviço enviar mensagem eletrônica não solicitada a destinatário que:

I - não possua relação de consumo anterior com o fornecedor e não tenha manifestado consentimento prévio e expresso em recebê-la;

(...)

§ 1º Se houver prévia relação de consumo entre o remetente e o destinatário, admite-se o envio de mensagem não solicitada, desde que o consumidor tenha tido oportunidade de recusá-la.

§ 2º O fornecedor deve informar ao destinatário, em cada mensagem enviada:

I - o meio adequado, simplificado, seguro e eficaz que lhe permita, a qualquer momento, recusar, sem ônus, o envio de novas mensagens eletrônicas não solicitadas;

II - o modo como obteve seus dados.

§ 4º Para os fins desta seção, entende-se por mensagem eletrônica não solicitada aquela relacionada a oferta ou publicidade de produto ou serviço e enviada por correio eletrônico **ou meio similar** (grifo nosso).

Com efeito, ao analisar todo o texto do artigo 45-F, tem-se que o projeto de Lei prestigia o consentimento prévio para o recebimento de publicidade, bem como o § 4º engloba justamente as práticas de publicidade direcionadas realizadas por diversas redes sociais e sites da internet, em que garimpam informações pessoais do consumidor para, depois, dirigir todo o tipo de publicidade – buscando influenciar a conduta deste.

Assim, ao nosso ver, a aprovação do projeto de Lei em comento, embora tardia, poderia em muito auxiliar na proteção do consumidor nos temas tratados no presente trabalho, tanto na coleta indevida (sem consentimento) de dados pessoais de usuários, bem como na publicidade dirigida que se utiliza de informações privilegiadas para exercer influência.

Conclusão

A utilização da inteligência artificial, especificamente na publicidade direcionada, tem se mostrado uma poderosa ferramenta para imprimir modelos psicológicos de indivíduos e grupos, tornando uma tarefa muito mais fácil a manipulação de informação e de consumo.

É certo que a utilização dessas informações valiosas já vem sendo inseridas na nossa realidade, seja para influenciar nossas crenças e comportamentos, seja para alavancar a possibilidade de consumo.

Ocorre que o problema central desse “garimpo” de informações dos consumidores está no fato de que eles sequer exercem qualquer controle quanto a possibilidade de compartilhar/impedir o acesso de suas informações pessoais, bem como de ser influenciado e direcionado a um consumo quase que inconsciente.

O presente trabalho procurou estabelecer uma breve evolução histórica dessa ferramenta da tecnologia, citando alguns casos emblemáticos que mudaram a forma de nos relacionar com as “máquinas”.

No campo da legislação aplicável, buscou-se, inicialmente, analisar a possibilidade de proteção pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), concluindo pela aplicação da mencionada lei para respaldar os vulneráveis digitais.

Após, foram estabelecidos alguns apontamentos ao Decreto 7.962/13, que tem como objeto maior as relações estabelecidas no comércio eletrônico, relacionados com o direito de informação, com a facilitação do atendimento, bem como o direito de arrependimento.

Na sequência, foi tratado o Projeto de Lei do Senado nº 281, de 2012, especificamente no campo do armazenamento de dados do consumidor, bem como na proteção da publicidade não consentida.

Por fim, pode-se concluir que embora o Código de Defesa do Consumidor possa hoje efetivar a tutela dos consumidores no tema analisado, seria de grande valia a aprovação do Projeto de Lei do Senado nº 281, de 2012, uma vez que traz regulamentação específica quanto ao armazenamento de dados e publicidade indesejada no ambiente virtual.

Quanto a necessidade do avanço legislativo para tratar dos temas relacionados ao comércio pela rede mundial de computadores, Silvio de Salvo Venosa afirma que

É missão desse novo ramo jurídico adaptar os institutos tradicionais para criar outros ligados às novas conquistas eletrônicas. Futuro breve definirá, sem dúvida, a autonomia desse novo ramo jurídico. Enquanto não tivermos legislação específica, que já se desenha no direito comparado e também no direito interno, cabe ao jurista enfrentar os novos problemas, que na verdade são velhos temas com novas roupagens, mormente no tocante a responsabilidade civil, com o Código Civil e legislação complementar.

Assim, com o intuito de provocar o debate sadio, bem como a esperança do avanço normativo, é que concluímos essa pequena análise no campo da publicidade direcionada e as relações consumeristas virtuais.

REFERÊNCIAS

Almeida, João Batista de. A proteção jurídica do consumidor / João Batista de Almeida. 7 ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva 2009.

ARTERO, Almir Olivette. Inteligência Artificial. Livraria da Física. 1ª Ed. 2009.

BAUMAN, Z. Globalização: as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BITTENCOURT, Guilherme. Inteligência Artificial: Ferramentas e Teorias, 3a ed., Editora da UFSC, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 2. Tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2.004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 jan. 2020.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/ 1990). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 26 jan. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei nº 281/2012. Senado. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=76025. Acesso em: 28 jan. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. tradução Ellen Gracie Northfleet, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002.

COMPARATO, Fabio Konder. "A proteção do Consumidor: importante capítulo do direito econômico". In: Defesa do Consumidor: textos básicos. 2. ed., Brasília, MJ/CNDC, 1988.

COPPIN, Ben. Inteligência Artificial. LTC. 1ª Ed. 2010.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NANNI, H. C; CAÑETE, K.V. S. A Importância das Redes Sociais como Vantagem Competitiva nos Negócios Corporativos. Revista Cetuirs, v.7, n.2, p. 1 – 15, 2015.

RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. Inteligência Artificial. 2a ed., Rio de Janeiro: Campus, 2004.

RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. Artificial intelligence: a modern approach. Prentice-Hall, 3rd Edition, 2009.

SAMARA, B.S.; MORSCH, M.A. Comportamento do consumidor – conceitos e casos – São Paulo: Prentice Hall, 2005.

SILVA, R. L. O direito privado desafiado pela dinâmica da contratação eletrônica: premissas para efetivar a proteção do consumidor brasileiro. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 11., 2014. Anais... Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2014, v. 1, p. 12

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Responsabilidade Civil. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2006. P. 263.

<https://olhardigital.com.br/noticia/7-vezes-em-que-humanos-e-maquinas-se-enfrentaram-em-jogos/56471>. Acesso em: 02 fev. 2020.

<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/esporte/fk110530.htm>. Acesso em: 23 fev. 2020.

<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2018/12/19/facebook-compartilhou-mais-dados-com-gigantes-tecnologicos-do-que-o-revelado-diz-jornal.ghtml>. Acesso em: 27 fev. 2020.

<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/01/09/cambridge-analytica-se-declara-culpada-por-uso-de-dados-do-facebook.ghtml>. Acesso em: 27 fev. 2020.

O INSTITUTO JURÍDICO DA DESAPOSENTAÇÃO

PAULO JULIANO ROSO TEIXEIRA:

Bacharel em Direito, Especializado em Direito Penal. Funcionário Público, assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

Resumo: O presente trabalho tem a finalidade de apresentar análise sobre o instituto da desaposentação dentro do Regime Geral de Previdência Social, utilizando como base a doutrina, jurisprudência e o ordenamento jurídico pátrio. O tema não possui regulamentação específica e por isso se tornou matéria de grande discussão nacional, gerando controvérsia nos diversos tribunais no país. De início, analisaremos a Previdência Social, apontando as diversas modalidades de aposentadorias. Após, passaremos pela conceituação do instituto da desaposentação, sendo, ao final, realizada apreciação de jurisprudências sobre o tema, com destaque para a sedimentação da matéria com decisão da Suprema Corte.

Palavras-Chave: Direito. Previdenciário. Desaposentação. Previdência. Social.

Abstract: This work aims to present analysis on the institute of retirement within the General Social Security Regime, using as a basis the doctrine, jurisprudence and the legal system. The issue has no specific regulation and therefore has become a matter of great national discussion, generating controversy in the various courts in the country. At first, we will analyze Social Security, pointing out the various modalities of retirements. After, we will go through the conceptualization of the institute of the disclaimer of the retirement, and at the end, an appreciation of jurisprudence on the subject, with emphasis on the sedimentation of matter with decision of the Supreme Court.

Keywords: Right. Pension. Retirement. Security. Social.

Sumário: 1. Introdução. 2. Aposentadoria. 2.1. Conceito e natureza jurídica. 2.2. Modalidades de aposentadoria. 3. Da desaposentação. 3.1. Legalidade. 3.2. Renúncia da aposentadoria. 3.3. Enriquecimento Ilícito e a devolução dos valores. 3.4 Análise da jurisprudência. 3.5 Decisões concessórias. 3.6 Decisões denegatórias. 4. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

A desaposentação teve grande destaque no cenário nacional e a matéria repercutiu de tal forma que o caso foi julgado por nossa corte suprema em outubro de 2016.

O estudo tem como objetivo buscar os entendimentos e justificativas com base na legislação vigente acerca da possibilidade do aposentado pelo RGPS que continua trabalhando rever seu benefício, buscando o aumento das prestações recebidas em virtude da sua continuidade como contribuinte.

Além disso, busca-se analisar o instituto da desaposentação e sua importância, diante da possibilidade de majoração dos valores percebidos pelo aposentado, visando melhorar a sua qualidade de vida.

Analisando o entendimento da doutrina, jurisprudência e do arcabouço normativo pertinente, volta-se o estudo a apurar a possibilidade de renúncia da aposentadoria mesmo se tratando de ato jurídico perfeito e seu caráter irrenunciável.

Destaque-se, por fim, que o tema é alvo de amplo debate na doutrina, carecendo o tema de estudo com maior atenção visando elucidar os diversos institutos jurídicos e temas relevantes pertinentes ao instituto da desaposentação.

2. Aposentadoria

2.1 Conceito e natureza jurídica

Para compreensão do conceito da aposentadoria, vejamos a explicação de Castor e Lazzari sobre o tema:

A aposentadoria é a prestação por excelência da Previdência Social, juntamente com a pensão por morte. Ambas substituem, em caráter permanente (ou pelo menos duradouro), os rendimentos do segurado, e asseguram sua subsistência, assim como daqueles que dele dependem. (CASTRO; LAZZARI. 2014, p.532)

Sua fundamentação se dá com base na previsão da carta magna de 1988, que, em seu art. 7º, inciso XXIV, dispõe sobre o direito à aposentação.

Além desta, as leis 8.212/91 (institui o Custeio da Seguridade Social), 8.213/91 (institui o Plano de Benefícios da Previdência Social) e ainda o Decreto

3.048/99 (Regulamento da Previdência Social) regulamentam as questões relativas as aposentadorias.

2.2 Modalidades de aposentadoria

Como forma de assegurar os diversos infortúnios que podem vir a ocorrer com os indivíduos na sociedade, a própria Constituição já previu algumas modalidades que serão cobertas pelo Estado. Desta forma, vejamos o que dispõe o texto constitucional em seu art. 201, inciso I:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (BRASIL, 1988)

Com isso, fica clara a intenção do constituinte em, juntamente com o art. 7º, XXIV, garantir o direito a aposentadoria em casos de invalidez, por idade e ainda assegurar o mesmo em caso de exposição a agentes nocivos.

Neste contexto, previu a Constituição Federal diversas modalidades de aposentadoria, podendo-se apontar:

a) A aposentadoria por idade, que é um dos benefícios previdenciários mais conhecidos, que tem como objetivo garantir ao segurado, que este tenha meio de se prover e manter após não conseguir laborar mais em virtude do avanço da idade. (IBRAHIM, 2014)

b) A aposentadoria por tempo de contribuição, prevista no artigo 201, §7º, I, e ainda nos arts. 56 a 63 do Decreto 3.048/99, que veio substituir a então aposentadoria por tempo de serviço, existente anterior a EC 20/98, buscando evidenciar o aspecto contributivo no regime previdenciário. (MARTINEZ, 2014)

c) a aposentadoria especial, espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, com redução do tempo necessário à inativação, concedida em razão do exercício de atividades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física. Ou seja, é um benefício de natureza previdenciária que se presta a reparar financeiramente o trabalhador sujeito a condições de trabalho inadequadas. (CASTRO; LAZZARI. 2014, p.2014)

d) Aposentadoria por invalidez, devida ao segurado que, esteja ou não em gozo de auxílio-doença, seja considerado incapaz para a realização do trabalho, bem como insuscetível de reabilitação que possa fazer retomar sua atividade para garantir a sua subsistência, sendo-lhe devida durante a permanência da condição (arts. 42 a 47 da Lei 8.213/91 e arts. 43 a 50 do Decreto 3.048/99) (IBRAHIM,2014)

e) Aposentadoria da pessoa com deficiência, com regramentos especiais para que possam ter assegurada a sua aposentadoria, consoante previsão do 201, § 1º da Constituição Federal, que estabeleceu critérios diferenciados (BRASIL, 1988), posteriormente regulados na Lei Complementar 142/2013.

3. Da desaposentação

Sabe-se que atualmente no Brasil, em virtude das mudanças legislativas, há vedação ao acúmulo de duas aposentadorias pelo mesmo regime previdenciário.

Neste contexto, muitos segurados se aposentam e ainda continuam trabalhando para aumentar sua renda, vez que as constantes crises no país acabam por assolá-los.

É importante lembrar que o aposentado que retorna ao trabalho permanece contribuindo obrigatoriamente com o INSS sobre o valor deste recebimento, conforme preceitua o art. 12, § 4º da Lei 8213/91.

Foi neste contexto que se chegou na desaposentação, pois, já que há uma continuidade no pagamento de contribuições por parte do aposentado, por que não poderia rever seu benefício para melhorar o valor que ganha?

Para compreendermos o que realmente é esse instituto, veremos alguns conceitos doutrinários sobre o tema.

Para Ibrahim, conceitua-se desaposentação da seguinte forma:

A desaposentação é definida como a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regimes Próprios de Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário. Tal vontade surge, frequentemente, com a continuidade laborativa da pessoa jubilada, a qual pretende, em razão das contribuições vertidas após a aposentação, obter novo benefício, em

melhores condições, em razão do novo tempo contributivo. (IBRAHIM, 2014, p. 728)

Castro e Lazzari entendem de forma simétrica, como podemos verificar:

Em contraposição à aposentadoria, que é o direito do segurado à inatividade remunerada, a desaposentação é o ato de desfazimento da aposentadoria por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário, em regra por ter permanecido em atividade laborativa 44 (e contribuindo obrigatoriamente, portanto) após a concessão daquela primeira aposentadoria. (CASTRO; LAZZARI, 2014, p.533)

Conclui-se, portanto, que, na desaposentação, o aposentado volta a trabalhar e, conseqüentemente a contribuir obrigatoriamente para a previdência, querendo assim, que essas contribuições, após a inatividade, possam ser utilizadas para realizar um novo cálculo, mais benéfico, pois trará um valor maior ao benefício previdenciário.

É fato que diversos fatores podem vir ou não a ensejar este direito, visto que não há expressa regulamentação legal, e para tal, abordaremos este tópico na continuidade.

3.1. Legalidade

É importante salientar que a concessão da aposentadoria é um ato expedido por órgão integrante da administração pública indireta, o INSS. Com isso posto, não há como se deixar de falar no princípio da legalidade, que é importante norteador dos atos administrativos.

Vejamos o dispositivo Constitucional referente ao tema:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (BRASIL, 1988)

Assim, com base nesta análise, é possível dizer que cabe ao administrador vincular seus atos a lei, para que estes não sejam passíveis de anulação, e, para complemento, o entendimento de Di Pietro é muito interessante:

Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei.” (DI PIETRO, 14, p. 65)

A previsão dada pelo ordenamento atual é de que as modalidades de aposentadoria são irrenunciáveis e irreversíveis. Vejamos o trecho da obra de Santos a respeito:

Para o RPS, as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial do RGPS são irrenunciáveis e irreversíveis. O segurado pode desistir do pedido de aposentadoria antes do recebimento do primeiro pagamento ou do saque do FGTS ou do PIS. (SANTOS, 2014, p. 380).

De maneira a complementar o raciocínio, vale observar o dispositivo legal a despeito, qual seja, o art. 181-B do Regulamento da Previdência Social (RPS):

Art. 181-B. As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis. Parágrafo único. O segurado pode desistir do seu pedido de aposentadoria desde que manifeste esta intenção e requeira o arquivamento definitivo do pedido antes da ocorrência do primeiro de um dos seguintes atos: I - recebimento do primeiro pagamento do benefício; ou II - saque do respectivo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou do Programa de Integração Social. (BRASIL, 1991)

A grande questão acerca da legalidade centra-se na análise do disposto no § 2º do art. 18 da lei 8.213/91, que trata das prestações concedidas ao aposentado pelo RGPS:

Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios

e serviços: § 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social–RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado. (BRASIL, 1991)

Este, então, é o dispositivo que emana dúvida sobre a legalidade da desaposentação, pois, aqui, se estabelece os benefícios que o aposentado pode receber quando retorna ao labor.

Porém, é válido questionar se podemos considerar a desaposentação como um simples benefício, assim como os demais, ou, se ele se trata de um dispositivo inerente à primeira aposentadoria.

Superada a legalidade ou ilegalidade, denota-se correntes que advogam a possibilidade de renúncia da aposentadoria em favor da desaposentação sob pena de se admitir odioso enriquecimento ilícito da Administração.

3.2 Renúncia da aposentadoria

O requerimento de aposentadoria pode ser feito pelo próprio contribuinte e de maneira administrativa junto as agências da previdência social.

Ocorre que, pelo fato da ausência de regulamentação legal, o INSS não vem concedendo os pedidos de desaposentação, uma vez que, o administrador está vinculado ao princípio da legalidade. Assim, a única forma de se pleitear a desaposentação encontra-se na via judicial, para que os magistrados possam fazer a análise de mérito a respeito.

Sobre o posicionamento do INSS do fato, Castro e Lazzari trazem em sua obra detalhes sobre o tema:

Tem entendido o INSS que a aposentadoria é irrenunciável, dado seu caráter alimentar, só se extinguindo com a morte do beneficiário. E lhe atribuiu o caráter de irreversibilidade, por considerar a aposentadoria um ato jurídico perfeito e acabado, só podendo ser desfeito pelo Poder Público em caso de erro ou fraude na concessão. (Castro; Lazzari, 2014, p.534)

Porém, seu entendimento sobre o exposto é diverso, entendendo ser perfeitamente possível de ser renunciado, pois ninguém está obrigado a manter-se aposentado contra sua vontade, e a renúncia neste caso está vinculado a obtenção de um benefício mais vantajoso no futuro. (Castro e Lazzari, 2014)

É importante frisar que a renúncia ao benefício não deve ser admitida em qualquer hipótese, e sim, somente quando o segurado possuir tempo posterior de contribuição a sua primeira aposentadoria, pois, caso contrário, se estará abrindo margem para que os segurados se utilizarem de regras futuras com acontecimentos pretéritos, e isso influenciaria diretamente a lei no tempo. (IBRAHIM,2014)

Como já mencionado, irrenunciabilidade e irreversibilidade estão previstas no RPS, e, vale mencionar que conforme Santos quando traz em sua obra: "Entretanto, as disposições do RPS não autorizam concluir pela impossibilidade da desaposentação. De início, porque contém restrição de direito que só a lei pode impor." (SANTOS,2014, p.380)

Assim, poder-se-ia entrar em um novo embate, qual seja, se pode ou não o Decreto 3.048/99 restringir um direito do segurado, e ainda, se o mesmo tem vinculação ao princípio da legalidade.

3.3 Enriquecimento Ilícito e a devolução dos valores

A desaposentação visa gerar ao aposentado a possibilidade de adquirir nova aposentadoria mais benéfica, havendo um recálculo utilizando as contribuições feitas após a primeira jubilação.

O tema deu ensejo também à discussão sobre a necessidade de devolução dos valores anteriormente recebidos até a desaposentação em razão da renúncia à primeira aposentadoria. Sobre o assunto, grande parte da doutrina entende que não há necessidade dessa devolução.

Segundo o entendimento de Santos:

Somente a lei poderá dispensar o beneficiado da devolução dos proventos recebidos quando aposentado. E, caso prevaleça a obrigatoriedade da restituição, somente a lei poderá estabelecer a forma de cálculo. (SANTOS, 2014, p.386)

O pensamento de Ibrahim sobre o tema também se mostra relevante:

A desaposentação não prejudica o equilíbrio atuarial do sistema, pois as cotizações posteriores à aquisição do benefício são atuarialmente imprevistas não sendo levadas em consideração para a fixação dos requisitos de elegibilidade do benefício, não há igualmente vedação atuarial à sua reversão, obtendo-se assim as premissas jurídicas e atuariais a que deve submeter a hermenêutica previdenciária. (IBRAHIM, 2014, p.728)

Destaque-se, neste sentido, o entendimento favorável do Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO IMEDIATA. POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA DA APOSENTADORIA A FIM DE SE APROVEITAR O TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO NO CÁLCULO DE NOVA APOSENTADORIA. INEXISTÊNCIA DA OBRIGAÇÃO DE DEVOLVER AOS COFRES PÚBLICOS OS VALORES PAGOS PELA ADMINISTRAÇÃO EM RAZÃO DO BENEFÍCIO OBJETO DA RENÚNCIA. RECURSO ESPECIAL 1.334.488/SC, REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA, REL. MIN. HERMAN BENJAMIN, DJE 14.5.2013. AGRAVO INTERNO DO INSS DESPROVIDO. 1. A admissão de Recurso Extraordinário com base na existência de repercussão geral não impede o normal andamento das demandas em trâmite nesta Corte que versem sobre o mesmo tema. 2. A análise de matéria de cunho constitucional é, por força do art. 102, III da Carta Maior, exclusiva da Suprema Corte, sendo, portanto, vedado a este Superior Tribunal de Justiça conhecer da suposta infringência, ainda que para fins de prequestionamento. 3. Esta Corte firmou o entendimento, no julgamento do Recurso Especial 1.334.488/SC, Representativo da Controvérsia, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 14.5.2013, de que é direito do Segurado renunciar à sua aposentadoria, a fim de reaproveitar o tempo de 48 contribuições no cálculo de nova jubilação, independentemente do regime previdenciário em que se encontra, não estando obrigado a devolver os proventos já recebidos. 4. Não há que se falar em declaração de

inconstitucionalidade do art. 18 da Lei 8.213/91, uma vez que, no caso, apenas foi dado ao texto desse dispositivo interpretação diversa da pretendida pelo INSS. 5. Agravo Interno do INSS desprovido. (AgInt no REsp 1569954/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 19/10/2016) (grifou-se) (<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=desaposenta%E7%E3o+valores&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=30>)

No mesmo tom, o entendimento da Turma Nacional de Uniformização:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO NACIONAL. AÇÃO DE DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM ENTENDIMENTO DA TNU. QUESTÃO DE ORDEM N.º 13. VALOR DA CAUSA. QUESTÃO PROCESSUAL. SÚMULA N.º 43. INCIDENTE NÃO CONHECIDO. 1. Pedido de desaposentação, com o aproveitamento do tempo de serviço posterior à concessão do seu primeiro benefício. 2. Sentença de extinção sem resolução do mérito, declarando a incompetência absoluta do Juizado Especial Federal para o julgamento do pedido. 3. Acórdão manteve a sentença por seus próprios fundamentos com fulcro no artigo 46 da Lei 9.099/1995. 4. Similitude fático-jurídica entre o acórdão vergastado e os paradigmas acostados – precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 5. Não obstante a divergência de entendimento entre a Corte Cidadã e a TNU, esta já consolidou entendimento de que para que ocorra a desaposentação mister a devolução dos valores recebido a título de benefício previdenciário que se pretende renunciar. Questão de Ordem n.º 13 – “Não cabe Pedido de Uniformização, quando a jurisprudência da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais se firmou no mesmo sentido do acórdão recorrido.(Aprovada na 2ª Sessão Ordinária da Turma Nacional de Uniformização, do dia 14.03.2005).” 6. Quanto à competência ser do Juizado Especial, não concorre a esta Corte Uniformizadora dirimir tal questão, eis tratar-se de questão processual. Súmula n.º 43 – “Não cabe incidente de

uniformização que verse sobre matéria processual". 7. Pedido de uniformização não conhecido. (PEDILEF 50402134320124047000, Rel. Juíza Federal MARISA CLÁUDIA GONÇALVES CUCIO, TNU, julgado em 08/03/2013, DOU 22/03/2013) (grifou-se)
(<https://www2.jf.jus.br/juris/tnu/Resposta>)

Em sentido oposto, Castro aponta os reflexos negativos que uma decisão favorável à desaposentação poderia trazer aos cofres públicos:

Com a recente aprovação de novas regras para o cálculo do fator previdenciário, a PGF considerou, no requerimento, estimativas das consequências da desaposentação para as contas da Previdência Social. O cálculo indica que uma decisão favorável à possibilidade de desaposentação representaria um acréscimo imediato de R\$ 7,65 bilhões por ano no déficit da instituição. Os dados também apontam para uma despesa adicional de R\$ 181,87 bilhões até 2046, considerando projeções de expectativa de vida e os benefícios ainda não judicializados. (CASTRO, 2016) Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/398586). Acesso em: 19 JUN 17

3.4 Análise da jurisprudência

Atualmente o saber jurídico é montado através do conhecimento adquirido das mais diversas formas, sendo o estudo realizado por meio da lei, da doutrina e, sem dúvida por um outro meio muito importante e necessário, qual seja a jurisprudência.

O estudo por meio de jurisprudência nos traz a análise do que vem decidido nos diversos tribunais, bem como, o raciocínio jurídico empregado pelo julgador ao tomar suas decisões. Este estudo é importante tanto na vida acadêmica quanto profissional.

De maneira a engrandecer o estudo será feita a análise jurisprudencial acerca da temática proposta, trazendo o quão relevante o tema é e foi decidido até o presente momento.

Serão utilizadas decisões favoráveis e contrárias a desaposentação, trazendo os conflitos de entendimento e raciocínio utilizado. Ao final, será dado o

ênfase na decisão tomada pelo STF ao considerar inviável a concessão da desaposentação no cenário atual.

3.5 Decisões concessórias

Neste tópico o objetivo é trazer o entendimento utilizado nas decisões favoráveis a desaposentação. De início, vamos analisar uma decisão que se trata de um reexame necessário interposto na oitava turma do TRF da 3ª Região de relatoria da Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, julgado em 25/11/2013, o julgado tem a seguinte ementa:

PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA E CONCESSÃO DE OUTRA APOSENTADORIA MAIS VANTAJOSA. DESAPOSENTAÇÃO. 52 POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. DESCABIMENTO. - A desaposentação não está prevista em nosso ordenamento jurídico, tendo sido admitida em nosso Direito por construção doutrináriojurisprudencial, e consiste na renúncia a uma aposentadoria, com a posterior concessão de uma nova aposentadoria, mais vantajosa, mediante o cômputo das contribuições recolhidas após o primeiro jubramento. - Nesse novo contexto, o instituto da desaposentação surge como uma tentativa de compensar a extinção do pecúlio e de aproveitamento das contribuições previdenciárias recolhidas pelo segurado após a sua aposentação, encontrando respaldo no caput do artigo 201 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998 ("A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial"). - A jurisprudência consagrou o entendimento de que os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis, suscetíveis de desistência pelos seus titulares. - A regra contida no artigo 181-B do Decreto nº 3.048/99, incluído pelo Decreto nº 3.265/99, segundo a qual as aposentadorias por idade, por tempo de contribuição e especial são irreversíveis e irrenunciáveis, não pode ser aplicada, por extrapolar o campo normativo a ela reservado. - A devolução dos valores recebidos a título de primeira aposentadoria é descabida, visto que a renúncia à

aposentadoria tem natureza desconstitutiva, produzindo apenas efeitos ex nunc, de acordo com os julgados do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp nº 328.101/SC, 6ª Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ 20/10/2008; REsp nº 663.336/MG, 5ª Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 07/02/2008). - O direito à renúncia da aposentadoria, sem a devolução dos valores recebidos a esse título, bem como ao cômputo das contribuições recolhidas após o primeiro jubramento para obtenção de novo benefício, já foi reconhecido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo (EDCL e REsp nº 1334488/SC, 1ª Seção, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 14/05/2013 e 30/09/2013). - Para realizar a desaposentação, faz-se necessário o preenchimento de alguns requisitos: (i) que o segurado esteja em gozo de uma aposentadoria; (ii) que o segurado renuncie expressamente ao seu direito a essa aposentadoria; (iii) que o segurado preencha todos os requisitos para a obtenção da nova aposentadoria, de acordo com a legislação vigente à época do seu pedido. - In casu, demonstrado pela autora que lhe foi concedida aposentadoria por tempo de serviço, com início em 26/03/1996, e que continuou em atividade até a data da propositura da ação, é de se reconhecer o seu direito à renúncia à aposentadoria já implementada, sem a necessidade de devolução dos valores recebidos a esse título, e à concessão de nova aposentadoria, computando-se as contribuições recolhidas após o primeiro jubramento. - O termo inicial da nova aposentadoria deve ser fixado à data do ajuizamento da ação, em conformidade com o entendimento adotado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo (EDcl no REsp nº 1.334.488/SC, 1ª Seção, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 30/09/2013). - O valor do benefício deve ser calculado na forma do artigo 53 da Lei nº 8.213/91, mediante o cômputo das contribuições recolhidas após o primeiro jubramento. - Os juros de mora incidirão a partir da citação (CPC, art. 219), aplicando-se o mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança (Lei nº 11.960/2009, art. 5º), que atualmente correspondem a 0,5% ao mês, 53 aplicados de forma simples,

de acordo com o entendimento adotado por esta Egrégia Corte Regional (AR nº 0048824-29.2004.4.03.0000, 3ª Seção, Relatora Desembargadora Federal Leide Polo, DE 11/04/2011) e pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.272.239/PR, 1ª Turma, Relator Ministro Ari Pargendler, DJe 01/10/2013; REsp nº 1.205.946/SP, Corte Especial, Relator Ministro Benedito Gonçalves, DJe 02/02/2012; EREsp nº 1.207.197/RS, Corte Especial, Relator Ministro Castro Meira, DJe 02/08/2011). - A correção monetária das parcelas vencidas deverá observar o disposto na Súmula nº 8, desta Egrégia Corte Regional, e na Súmula nº 148 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se a variação do INPC (Lei nº 8.213/91, art. 41-B), conforme orientação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.272.239/PR, 1ª Turma, Relator Ministro Ari Pargendler, DJe 01/10/2013), eis que a regra contida no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, foi declarada inconstitucional pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal na parte em que adota índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (ADI nº 4.357, Tribunal Pleno, Relator para acórdão Ministro Luiz Fux, j. 14/03/2013). - Considerando a simplicidade da causa e a singeleza do trabalho realizado, o INSS deve ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação, respeitada a Súmula nº 111 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, o que se harmoniza com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, nos termos do artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil. - Remessa oficial e recurso adesivo do INSS parcialmente providos e apelação da autora provida. (TRF 3ª Região, OITAVA TURMA, APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 1693331 - 0002673-41.2008.4.03.6183, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA, julgado em 25/11/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/03/2015) Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=2#>. Acesso em: 19/06/2017.

Nesta decisão podemos observar que próprio judiciário se baseia na doutrina de direito previdenciário para resolver a questão. Como não há previsão, outras fontes são utilizadas para preencher as lacunas como já elucidado anteriormente.

Foi trazida uma importante reflexão quanto igualdade no custeio de maneira obrigatória não é justa ao passo que o segurado não mais pode ter benefícios de fato vantajosos em face das contribuições que continua a verter para previdência.

A Seguridade e a Previdência Social tem caráter contributivo previsto na CF, e isso gera um equilíbrio financeiro e atuarial, não podendo gerar a alegação de ausência de recursos para um novo benefício mais vantajoso para aquele que mantém-se obrigado a prestá-las.

Com relação aos valores recebidos antes da desaposentação, manteve-se o entendimento de que estes não são necessários, uma vez que os requisitos para a primeira aposentadoria foram preenchidos, e a nova decisão terá efeitos dali para frente.

Complementando o entendimento, o STJ, em julgamento submetido à sistemática dos recursos repetitivos, apaziguou o entendimento sobre o tema, conduzindo a atuação dos demais Tribunais Regionais Federais. Vejamos:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. 1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar. 2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação. 3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de

desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento. Precedentes do STJ. 4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reaposentação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE. 5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposentação, mas condicionou posterior aposentadoria ao ressarcimento dos valores recebidos do benefício anterior, razão por que deve ser afastada a imposição de devolução. 6. Recurso Especial do INSS não provido, e Recurso Especial do segurado provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ. (REsp 1334488/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/05/2013, DJe 14/05/2013) Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1334488&repetitivos=REPETITIVOS&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>. Acesso em: 19/06/2017.

O STJ se posicionou favorável a desaposentação e, até o ulterior posicionamento do STF, tal parâmetro foi utilizado para os demais órgãos julgadores.

Ficou entendido que a aposentadoria se trata de um direito patrimonial do segurado e, que pode se disponível. Sendo assim, é plenamente possível que ele renuncie a primeira aposentadoria, além do mais, seu objetivo é ser contemplado por uma mais benéfica.

Com base nas decisões do STJ, a nova da aposentadoria deveria ter como data inicial a da propositura da ação que pleiteia a reaposentação e, para tal, deve observar alguns requisitos: I- que o segurado esteja em gozo de uma aposentadoria; II- que o segurado renuncie expressamente ao seu direito a essa aposentadoria; III - que o segurado preencha todos os requisitos para a obtenção da nova aposentadoria, de acordo com a legislação vigente à época do seu pedido.

3.6 Decisões Denegatórias

Por certo tempo, até a solução temporária do STJ, muitas decisões contrárias foram tomadas. Veremos, a título de exemplo, uma delas, de modo a analisar os fundamentos motivadores:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. DESAPOSENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 18, PARÁGRAFO 2º, DA LEI Nº 8.213/91. 1. Uma vez concedida a aposentadoria por tempo de serviço com proventos proporcionais, ainda que o segurado volte a contribuir para o sistema previdenciário, não poderá utilizar as referidas contribuições para complementar o tempo que restaria para obtenção de uma nova aposentadoria mais vantajosa. O art. 11, parágrafo 3º, da Lei nº 8.213/91 estabelece que as novas contribuições efetuadas pelo aposentado do RGPS que retornar a atividade serão destinadas ao custeio da Seguridade Social. Precedentes. 2. O art. 18, parágrafo 2º, da Lei nº 8.213/91, veda expressamente a percepção, pelo aposentado do RGPS, que permanecer contribuindo para a Previdência Social ou a ela retornar, de qualquer outra prestação, à exceção do salário-família e da reabilitação profissional, quando for o caso. 3. Apelação provida integralmente para reformar a sentença, julgando improcedentes os pedidos formulados na ação. (PROCESSO: 201185000004900, AC539034/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO, Terceira Turma, JULGAMENTO: 14/03/2013, PUBLICAÇÃO: DJE 22/03/2013 - Página 171) Disponível em: <https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>. Acesso em: 19/06/2017

A decisão teve como fundamentação principal o entendimento de que o §2º do art. 18 da Lei 8.213/91 veda qualquer outro benefício ao aposentado que não seja o salário-família e a reabilitação profissional.

Além disto, foi mencionado o art. 11 § 3º da mesma lei, que estabelece que mesmo o trabalhador já aposentado deve obrigatoriamente contribuir para o RGPS, esses valores serão para o custeio de todos o sistema. Entende-se nesse caso que a Seguridade Social está baseada sob o Princípio da Solidariedade onde as contribuições não são em favor apenas daquele que as verte, mas sim, para todos os a ele vinculados.

4. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

No dia 26/10/2016 o STF, em sessão plenária, decidiu que a desaposentação não é viável em nosso ordenamento jurídico, julgando constitucional o §2º do art. 18 da Lei 8.213/91.

Neste ato foram julgados os Recursos Especiais (RE) de números: 381367, 661256 e 827833.

Abaixo, segue a ementa de um dos RE's mencionados acima, este, destaca a repercussão geral da matéria e que a sim questões constitucionais nele envolvidas:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. § 2º do ART. 18 DA LEI 8.213/91. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. UTILIZAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO QUE FUNDAMENTOU A PRESTAÇÃO PREVIDENCIÁRIA ORIGINÁRIA. OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. MATÉRIA EM DISCUSSÃO NO RE 381.367, DA RELATORIA DO MINISTRO MARCO AURÉLIO. PRESENÇA DAREPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL DISCUTIDA. Possui repercussão geral a questão constitucional alusiva à possibilidade de renúncia a benefício de aposentadoria, com a utilização do tempo de serviço/contribuição que fundamentou a prestação previdenciária originária para a obtenção de benefício mais vantajoso. (RE 661256 RG, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, julgado em 17/11/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 25-04-2012 PUBLIC 26-04-2012) Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=0000005_38&base=baseRepercussao. Acesso em: 19/06/2017 (grifou-se)

Ficou entendido pelo STF que apenas a lei pode fixar critérios para que os benefícios possam sofrer recálculo pelo fato de se verter novas contribuições mesmo após a aposentadoria para os que permanecessem no labor.

Em 29/10/2014, o tema já era discutido e nessa mesma data alguns dos ministros da suprema corte já haviam votado.

Dentre eles, o ministro Dias Toffoli que em seu voto entendeu que mesmo não havendo vedação expressa da Constituição sobre o tema, não em sentido contrário. Disse ainda, que a CF estabelece especificamente que a lei ordinária deve ser responsável pela previsão da possibilidade de haver benefício maior a partir das novas contribuições. Na oportunidade, foi seguido pelo ministro Teori Zavaski.

Anteriormente a ministra Rosa Weber realizou o pedido de vista e, na data do último julgamento, entendeu de forma diversa. Segundo ela a legislação é omissa e, como não há uma proibição legal, nada impede que o trabalhador que retoma alguma atividade possa obter novo benefício ante as novas contribuições.

Ainda em seu entendimento, salientou que o vínculo gera para com a previdência em virtude da filiação é de obrigações recíprocas, e se a continuidade nas contribuições, estas devem ser vertidas em favor do trabalhador.

Afirmou, ainda, que não identifica vedação expressa no §2º do art. 18 da Lei 8.213/91.

Acompanhado o voto do eminente ministro Toffoli, o ministro Fachin entendeu que não cabe ao STF suplantar a atuação do legislador sobre os riscos previdenciários. Para ele, o legislador é que deve realizar a ponderação sobre a questão do equilíbrio financeiro e atuarial do RGPS, e também dispor sobre a possibilidade da revisão de benefícios em questão aos benefícios realizados posteriormente a aposentadoria.

Lembrou também, que na CF existe a consagração do princípio da Solidariedade, no qual, a seguridade deve ser financiada por toda a sociedade indiretamente. Ainda, mencionou que foi estabelecido que cabe ao legislador infraconstitucional estabelecer as regras para concessão de benefícios.

O ministro Luís Roberto Barroso, relator do RE 661256, manteve seu voto já proferido no julgamento de 2014, quando havia dado provimento parcial, mas reconheceu válido o instituto da desaposentação.

Para o ministro Luiz Fux, a desaposentação acaba por desvirtuar a aposentadoria proporcional. Para ele, a EC 20/98 que promoveu uma série de reformas, teve por objetivo postergar as aposentadorias, e que as contribuições individuais dos segurados servem para auxílio de toda a sociedade.

Em sentido contrário, o ministro Levandowski se posicionou favorável ao instituto. Segundo ele, diante da crise que o país passa, não é raro que se encontre trabalhadores obrigados a retornar a atividade para prover seu sustento. Seu entendimento é pela legalidade da renúncia em favor em outra mais benéfica. Segundo no voto, mencionou que a aposentadoria se trata de um direito patrimonial disponível, sendo este de caráter unilateral e sem necessidade de autorização do Estado.

Novamente em sentido contrário a desaposentação o ministro Gilmar Mendes entende que o retorno ao trabalho é um ato realizado voluntariamente, que não pode haver pretensão de revisão, o que geraria onerosidade a coletividade.

Para ele, o estabelecido no §2º do art. 18 da Lei 8.213/91 não deixa dúvidas quanto a vedação a desaposentação. O mesmo também menciona quanto irreversibilidade e irrenunciabilidade prevista no RPS.

No seu entendimento não há omissão legislativa, pois a vedação a renúncia estaria expressa. Citou também dados da AGU sobre os impactos que seria causados ao cofres públicos, e frisou que cabe ao Congresso Nacional regulamentar o assunto.

O ministro Marco Aurélio apenas manteve seu voto já proferido em 2014, quando decidiu favoravelmente à desaposentação, afirmando que deve ser assegurado ao contribuinte o recálculo após o período de retorno ao trabalho.

Partindo de outro ponto, foi contrário mais uma vez o ministro Celso de Mello, que, citando princípios da solidariedade, universalidade, equidade e equilíbrio financeiro e orçamentário, rememorou que o §5º do art. 195 da CF prevê a necessidade de fonte de custeio para ampliação de benefícios.

Para ele, há explícita previsão de que o aposentado que continuar trabalhando não fará jus a outros benefícios senão os previstos na lei. Ficando, no seu entender, evidenciado que o legislador não autorizou o pedido de desaposentação.

A então presidente do STF, ministra Carmem Lúcia, adotou a tese de que não há fundamento para desaposentação, ressaltando a possibilidade do legislador passar a alterar a matéria. Mencionou que a matéria, inclusive, já havia sido tratada em projeto de lei. Ao final, afirmou que entendimento contrário a desaposentação está em consonância com o princípio da solidariedade e equilíbrio atuarial.

Por maioria, o plenário negou provimento ao RE 381367, onde ficaram vencidos o ministro Marco Aurélio (relator), que o provia, e, em menor extensão, os ministros Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, que o proviam parcialmente.

No RE 661256, com repercussão geral, o Plenário deu provimento ao recurso, por maioria, vencidos, em parte, os ministros Luís Roberto Barroso (relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

Por fim, o RE 827833 foi provido, por maioria, vencidos a ministra Rosa Weber, o ministro Luís Roberto Barroso, que reajustou o voto, e os ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que negavam provimento ao recurso. (STF, 2016).

Feito esse apanhado de decisões pudemos perceber que houve uma grande preocupação dos ministros para com a questão do financiamento da seguridade e mais especificamente aqui da própria previdência. É fato que a CF já estabelece que é necessário, para a criação, majoração ou extensão de benefícios, a identificação da respectiva fonte de custeio.

Na desaposentação o que se buscou foi utilizar as contribuições posteriores como fonte deste custeio, uma vez que o sistema é solidário e poderiam esses valores retornarem em seu proveito.

Porém, a solidariedade, como princípio, foi entendido apenas como necessidade de o aposentado manter-se custeando o sistema em prol dos demais segurados, sem direito a reajuste de sua aposentadoria.

A possibilidade de renúncia do benefício não vigorou, e continua o aposentado não podendo abrir mão de seu benefício anterior para adquirir outro mais benéfico.

O reconhecimento da constitucionalidade do §2º, do art. 18, da Lei 8.213/91 limita o segurado, e de certo modo acaba por deixá-lo à mercê de apenas um benefício e um serviço que a previdência lhe presta, o salário-família e a reabilitação profissional.

De fato, a omissão sobre tema existe e, embora o STF tenha feito uma interpretação mais extensiva da legislação vigente, inviabilizando o instituto, a legislação continua não sendo expressa sobre o assunto, nada impedindo, portanto, futura previsão legal do instituto da desaposentação.

5. Conclusão

Assim como nas diversas áreas do direito, o Direito Previdenciário também sofre constantes alterações legislativas, buscando desenvolver-se e buscar progresso nas condições de vida, do trabalho e harmonia social.

A análise do tema estudado permitiu perceber que a legislação atual mantém o caráter irreversível e irrenunciável da aposentação.

Com o reconhecimento da constitucionalidade do § 2º, do art. 18, da Lei 8.213/91, restou estabelecido como benefícios concedidos ao aposentado apenas salário-família e a reabilitação profissional, não cabendo assim se falar em desaposentação.

O princípio da solidariedade, muito corroborou para a confirmação da inviabilidade, uma vez que o sistema previdenciário deve ser mantidos por todos.

É fato que, conforme mencionado no trabalho, há um número expressivo de aposentados e que muitos destes voltam ao labor e futuramente solicitariam a desaposentação, gerando enorme preocupação econômica.

Neste sentido, o entendimento do STJ e de alguns ministros do STF que defenderam a possibilidade da desaposentação como direito patrimonial disponível não se manteve, prevalecendo o posicionamento de que a Previdência tem caráter solidário, e que todos devem contribuir para com o custeio das despesas. Além disso, a previsão da irrenunciabilidade e irreversibilidade, também tiveram grande peso na decisão da suprema corte.

Porém, é válido mencionar que apesar da decisão desfavorável proferida pelo STF no caso da desaposentação, isso não significa que ela jamais será possível, pois, o que se presencia hoje, é o impedimento decorrente de ausência de norma regulamentadora, realidade que pode ser alterada a qualquer instante, dependendo, além de vontade política, da demonstração de condições financeiras para que o Estado custeie este benefício.

6. Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito administrativo descomplicado. 23. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

ANDRADE, Flávia Cristina Moura de; LEITÃO, André Studart. Direito Previdenciário I. Teoria geral, custeio, benefícios, previdência privada e competência – São Paulo: Saraiva, 2012.

BALERA, Wagner e MUSSI, Cristiane Miziara. Direito previdenciário – 10.a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 MAR 19.

BRASIL. Emenda Constitucional 20/98. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm. Acesso em: 20 MAR 19.

BRASIL. Lei Complementar 142/2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp142.htm. Acesso em: 20 MAR 19.

BRASIL. Lei 8.080/90. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 20 MAR 17.

BRASIL. Lei 8.212/91. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm. Acesso em: 20 MAR 19.

BRASIL. Lei 8.213/91. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 20 MAR 19.

BRASIL. Lei 8.742/93. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm. Acesso em: 20 MAR 19.

BRASIL. Lei 10.741/2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm. Acesso em: 20 MAR 19.

BRASIL. Lei 13.183/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13183.htm. Acesso em: 20 MAR 19.

BRASIL. Decreto 3.048/99. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 20 MAR 19.

BRASIL. Decreto Lei 4.657/42. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm. Acesso em: 20 MAR 19.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328199>. Acesso em: 20 MAR 19

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, Joao Batista. Manual de direito previdenciário: conforme a legislação em vigor até 23 de Janeiro de 20014. 16. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CASTRO, Wilton. Desapontação: AGU estima impacto de R\$ 181 bi e pede ao STF suspensão de ações. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/398586. Acesso em: 19 JUN 17.

EDUARDO, Ítalo Romano e EDUARDO, Jane Tavares Aragão. Curso de direito previdenciário. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

GOES, Hugo Medeiros de. Manual de direito previdenciário: teoria e questões. 11ed. – Rio de Janeiro: Ferreira, 2016

IBRAHIM, Fabio Zambitte. Curso de direito previdenciario. 19. ed. rev., ampl. e atual. Niteroi/ RJ: Impetus, 2014.

KERTZMAN, Ivan. Curso prático de direito previdenciário. 12. ed. rev., ampl e atual. – Bahia: Juspodivm, 2015.

KRAVCHICHIN, Jefferson Luis. et al. Prática processual previdenciária: administrativa e judicial. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Curso de direito previdenciário: direito previdenciário procedimental. 6. ed. São Paulo: LTR, 2014.

NOVELINO, Marcelo. Manual de direito constitucional. 9. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

SANTOS, Maria Ferreira dos; LENZA, Pedro (Coord.). Direito previdenciário esquematizado. 4. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2014.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.334.488 - SC. Recorrente: Waldir Ossemer, Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em 08 de maio de 2013. Disponível em: . Acesso em: 19 jun. 2019.

Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 661.256 RG - SC. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, Recorrido: VALDEMAR RONCAGLIO. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em 17 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000000538&bas e=baseRepercussao>. Acesso em: 19 jun. 2019.

Tribunal Regional Federal (5ª. Região). Apelação Cível nº. AC539034/SE. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Apelado: Jose Gregorio Dos Santos. Relatora: Desembargador Federal Geraldo Apoliano. Julgado em 14 de março de 2013. Disponível em: <https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>. Acesso em: 19 JUN 2019.

Tribunal Regional Federal (3ª. Região). Apelação/Reexame Necessário - 1693331 - 0002673-41.2008.4.03.6183/ SP. Apelante: Maria Elizabeth Pio Hellmeister. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Relatora: Desembargadora Federal Therezinha Cazerta. Julgado em 14 de março de 2013. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=2>. Acesso em: 19 JUN 2019.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL: UMA ABORDAGEM SOBRE OS LIMITES DA REVISÃO CONSTITUCIONAL

MIGUIDÔNIO INÁCIO LOIOLA NETO:

Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia - UNAMA, servidor público estadual, exercendo o cargo de Controle Externo no Tribunal de Contas do Estado do Pará, desde 2012.

Resumo: O presente artigo busca efetuar uma abordagem sobre a revisão constitucional. Tem como objetivo demonstrar que a revisão constitucional encontra limites no poder constituinte originário e nos limites materiais. Outrossim, visa apresentar as características concernentes ao procedimento da revisão constitucional estampado no art. 3º do ADCT. Por fim, tem como norte descrever a necessidade de se observar o procedimento de revisão estabelecido no próprio texto constitucional.

Palavras-Chaves: poder constituinte. Constituição. Revisão constitucional. Procedimento. Limites materiais.

Abstract: This article seeks to approach the constitutional review. It aims to demonstrate that the constitutional revision finds limits in the original constituent power and in the material limits. Furthermore, it aims to present the characteristics concerning the constitutional review procedure stipulated in art. 3rd of the ADCT. Finally, it aims to describe the need to observe the review procedure established in the constitutional text itself.

Keywords: constituent power. Constitution. Constitutional review. Procedure. Material limits.

Sumário: 1. Introdução – 2. Procedimento de revisão constitucional. 2.1 Conceito de revisão constitucional. 2.2 Dos limites ao procedimento de revisão. 3. Considerações finais. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Não há controvérsia sobre a importância da Constituição Federal como norma mestra de todo o ordenamento jurídico pátrio, porquanto tem mister estabelecer as balizas para organização do Estado.

É certo que pelo critério formal é possível distinguir com maior facilidade o que é norma constitucional e o que é norma infraconstitucional. Isso porque a constatação é pela simples análise do que esteja contido no corpo da Constituição. Assim, independentemente de estar na parte permanente ou transitória da Constituição é norma constitucional.

Por sua vez, pelo critério material o exame decorre do conteúdo normativo, no qual se verifica os valores constitucionais. Neste caso, pode-se até visualizar fora do corpo da Constituição Federal norma materialmente constitucional, conforme a inteligência do art. 5º, § 3º, da CRFB/88, que assim dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[..]

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Nesse sentido, é válido destacar que o critério formal possibilita maior rigidez à norma constitucional, dado que estabelece procedimentos solenes com critérios mais difíceis para que ocorra a alteração no corpo da Constituição.

Com base nisso, constata-se que a norma constitucional pode ser modificada por meio de dois procedimentos: o de reforma e o de revisão.

2. PROCEDIMENTO DE REVISÃO CONSTITUCIONAL

2.1 CONCEITO DE REVISÃO CONSTITUCIONAL

A revisão constitucional é o meio que permite que a norma constitucional seja alterada em menor ou maior alcance. É como afirma Barroso (2011, p.168): "Reforma, assim, identifica o gênero alterações no texto constitucional, compreendendo tanto as mudanças pontuais como as mudanças abrangentes".

A revisão constitucional é expressão do poder constituinte derivado revisor. Que na qualidade de derivado, encontra-se condicionado e limitado pelo poder constituinte originário.

Nesse diapasão, o constituinte originário de 1988 previu expressamente no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a possibilidade de o texto constitucional ser revisado, consoante o procedimento estampado no bojo do mencionado artigo.

Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

Em lição didática, Lenza (2017) esclarece:

O art. 3º do ADCT introduziu verdadeira competência de revisão para “atualizar” e adequar a Constituição às realidades que a sociedade apontasse como necessárias, não estando a aludida revisão vinculada ao resultado do plebiscito do art. 2º do ADCT (que admitia a volta à monarquia e ao parlamentarismo). (LENZA, 2017, p. 208).

2.2 DOS LIMITES AO PROCEDIMENTO DE REVISÃO

Inicialmente, é fundamental mencionar que a revisão da Constituição Federal permite uma modificação ampla do seu texto, contudo, não se pode entender que aí há um extenso poder que não encontra limites para que se promova a alteração.

Nesse aspecto, o art. 3º do ADCT previu o procedimento para que a revisão da CRFB/88 fosse efetuada.

Com base nessa compreensão, Lenza (2017) dispôs:

Como o próprio texto constitucional prescreve, após 5 anos, contados de 05.10.1988, seria realizada uma revisão na Constituição. Desde já observamos que referida revisão constitucional deveria dar-se após, pelo menos 5 anos, podendo ser 6,7, 8... e apenas uma única vez, sendo

impossível uma segunda produção de efeitos. (LENZA, 2017, p. 208).

Outrossim, a revisão constitucional deve observar as limitações materiais previstas no bojo da norma constitucional, estampadas nas cláusulas pétreas, conforme a inteligência do art. 60, § 4º, da CRFB/88, que assim dispõe:

Art. 60 A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Ainda quanto aos limites materiais ao poder revisor, Coelho (1992) ensina que:

Relativamente aos chamados limites *materiais* do poder reformador, é pacífico o entendimento de que em função deles – tanto dos limites materiais expressos, quanto dos limites materiais implícitos –, são vedadas quaisquer alterações que atentem contra o espírito ou os princípios fundamentais da Constituição, mormente das Cartas Políticas dos tempos atuais, que deixaram de ser meros catálogos de competências, para albergarem em seu texto direitos, liberdades e garantias, cujos preceitos são diretamente aplicáveis. (Coelho, 1992, p. 70).

Por outro lado, quanto aos limites temporais e circunstâncias a aplicabilidade é reduzida, ante o poder de ampla de revisão. Nada obstante, se a própria texto constitucional deixar expresso a necessidade de observar os supracitados limites, passa-se ser de ordem obrigatória, sob pena de viciar o procedimento e se torna inconstitucional.

Nessa senda, o Supremo Tribunal Federal fez uma análise sobre os limites que a revisão constitucional deve obedecer. Assim, ficou a ementa da decisão:

Emenda ou revisão, como processos de mudança na Constituição, são manifestações do poder constituinte instituído e, por sua natureza, limitado. Está a "revisão" prevista no art. 3º do ADCT de 1988 sujeita aos limites estabelecidos no § 4º e seus incisos do art. 60 da Constituição. O resultado do plebiscito de 21 de abril de 1933 não tornou sem objeto a revisão a que se refere o art. 3º do ADCT. Após 5 de outubro de 1993, cabia ao Congresso Nacional deliberar no sentido da oportunidade ou necessidade de proceder à aludida revisão constitucional, a ser feita "uma só vez". As mudanças na Constituição, decorrentes da "revisão" do art. 3º do ADCT, estão sujeitas ao controle judicial, diante das "cláusulas pétreas" consignadas no art. 60, § 4º e seus incisos, da Lei Magna de 1988. [**ADI 981 MC**, rel. min. Néri da Silveira, j. 17-3-1993, P, *DJ* de 5-8-1994.]

Por fim, entende-se que o procedimento de revisão previsto no art. 3º do ADCT é norma de eficácia exaurida, isto é, não possui mais aplicabilidade no cenário jurídico constitucional atual.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A revisão constitucional como manifestação do poder constituinte derivado revisor encontra limite direto nas balizas estampadas pelo poder constituinte originário.

É certo que o art. 3º do ADCT previu compulsório procedimento para que se efetuasse a revisão constitucional, garantindo maior estabilidade da ordem jurídica e constitucional.

Nesse desiderato, é notório que os limites matérias são fundamentais para que a revisão constitucional não modifique aquilo que é substancial para a sustentação da Constituição Federal, como as cláusulas pétreas.

Outrossim, o próprio texto constitucional pode prever expressamente outros limites de observância obrigatória, como os circunstâncias e temporais.

Dessa forma, a revisão constitucional é meio propício para atualizar a norma constitucional, por isso deve observar procedimento prévio com fito a cumprir os limites impostos, bem como assegurar a estabilidade da ordem jurídica constitucional.

4. REFERENCIAS

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28 de Fev. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 981 MC. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=2110>>. Acesso em 28 de Fev. 2020.

COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES. **Os limites da revisão constitucional**. Revista de informação legislativa, v. 29, n. 113, p. 67-76, jan/mar. 1992. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175927>> Acesso em 28 de Fev. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

VALDEMAR NETO OLIVEIRA BANDEIRA:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Acre, servidor público federal, exercendo o cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho desde 2011. Também é advogado, mas, por conta do cargo público, não pode exercer a advocacia.

Resumo: O presente trabalho se destina a apresentar uma reflexão sobre a Separação dos Poderes e o Sistema de Freios e Contrapesos delineados pela Constituição Federal de 1988, buscando identificar a atuação de cada Poder Constituído pela Carta Magna no âmbito da República Federativa do Brasil, compreendendo a harmonia e a independência que existe entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, insculpidos no artigo 3º, da CF/1988, bem como conhecer os limites enfrentados por cada poder, tendo em vista suas competências constitucionais, a fim de que não ultrapassem e exorbitem de suas funções.

Palavras-Chave: Separação de Poderes. Freios e Contrapesos. Executivo. Legislativo. Judiciário.

Abstract: The present work aims to present a reflection on the System of Brakes and Counterweights outlined by the Federal Constitution of 1988, seeking to identify the performance of each Power Constituted by the Magna Carta within the scope of the Federative Republic of Brazil, understanding the harmony and independence that exists between the Executive, Legislative and Judiciary Powers, inscribed in article 3, of the CF / 1988, as well as knowing the limits faced by each power, considering its constitutional competences, so that they do not exceed and exorbitate their functions.

Keywords: Separation of Powers. Cheks and Balances. Executive. Legislative. Judiciary.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Separação de Poderes por Aristóteles e Montesquieu. 3. A Importância da Separação dos Poderes para a Democracia. 4. A Separação de Poderes, Funções Típicas e o Sistema de Freios e Contrapesos. 4.1. Funções Típicas dos Poderes. 4.2. Mecanismos de Freios e Contrapesos na Constituição Federal 1988. 4.2.1. Do Poder Legislativo atuando em contrapeso ao Poder Executivo. 4.2.2. Do Poder Legislativo atuando como contrapeso ao Poder Judiciário. 4.2.3. Do Poder Executivo atuando como contrapeso ao Poder Legislativo. 4.2.4. Do Poder Executivo

atuando em contrapeso ao Poder Judiciário. 4.2.5. Do Poder Judiciário em contrapeso com o Poder Executivo. 4.2.6. Do Poder Judiciário em contrapeso com o Poder Legislativo. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Não é de hoje que se busca limitação de poder ou de poderes constituídos, nem é algo originário do Brasil. Esse tipo de controle remonta à Grécia antiga, quando Aristóteles, através de sua célebre obra, *Política*, identificou as funções do Estado.

Muito tempo depois, a teoria apresentada por Aristóteles foi aperfeiçoada pelo francês Montesquieu, tendo em vista sua visão precursora do Estado liberal burguês, em sua obra, *O espírito das leis*.^[1]

Nesse sentido, ao longo da história dos países e de suas administrações, desde o regime absolutista; passando pelo Estado liberal, a quem se reduzia bruscamente a atuação estatal; no Estado do Bem-Estar Social, com sua atuação direta na prestação de serviços públicos e, nos dias atuais, buscou-se e busca-se limitar o poder estatal, de forma que não se permitam abusos e arbítrios de uns sobre os outros.

Ciente dessa necessidade normativa, sobretudo, porque recentemente havia saído de um regime ditatorial e sombrio (o regime de exceção durante a ditadura), o Poder Constituinte Originário no Brasil, utilizando-se das prerrogativas conferidas pela Soberania Popular, reunido em Assembleia Nacional Constituinte, erigiu os Poderes da União, como independentes e harmônicos entre si, sendo Princípios Fundamentais da Constituição Federal de 1988, nos termos de seu artigo terceiro.

Com isso, há uma distribuição de funções e uma repartição de competências típicas e atípicas de cada poder, tudo conformado pela própria Constituição Federal, Lei Fundamental do país e de observância obrigatória pelos demais entes da Federação, inclusive devendo estes reproduzir, conforme o princípio da simetria, os regramentos e os princípios referentes aos poderes da União, nas Constituições Estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal.

Por fim, cumpre destacar que esse modelo formatado pela Carta Magna de separação dos poderes e freios e contrapesos é insuscetível de alteração ou extinção por ato do Poder Constituinte Derivado, pois se constitui em cláusula pétrea consagrada no art. 60, § 4º, IV, da CF/88.

2. A Separação de Poderes por Aristóteles e Montesquieu

Como dito acima, o filósofo Aristóteles, já na Grécia Antiga identificou três funções distintas exercidas pelo soberano, destacadas em sua obra Política, quais sejam: a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto e a função julgadora, dirimindo os conflitos provindos da execução dessas normas^[2].

No entanto, Aristóteles tratou das três funções praticadas e concentradas no exercício de uma única pessoa, que detinha um poder absoluto de mando e as exercia unilateralmente. Por isso, coube ao renomado filósofo grego a identificação das três funções estatais, ainda que nas mãos de um único órgão.^[3]

Por sua vez, Montesquieu, muito depois de Aristóteles, por meio de sua obra O espírito das leis, foi além, pois aperfeiçoou a teoria Aristotélica e inovou dizendo que as três funções estariam intimamente ligadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos de um único soberano.^[4]

A teoria de Montesquieu surgiu em oposição ao absolutismo francês, que concentrava totalmente as funções estatais nas mãos do rei, donde surgiu a frase: "o Estado sou Eu", atribuída a Luís XIV. Nessa época, o rei exercia o poder da forma como entendia, fazendo leis, perseguindo pessoas e condenando-as, inclusive com penas de morte.

Por isso, a teoria da separação dos poderes serviu de estrutura para os variados movimentos históricos e revolucionários que ocorreram na Europa e na América do Norte, notadamente as revoluções francesa e americana, onde se pretendeu limitar o poder estatal e resguardar os direitos de liberdades, de propriedade privada e os direitos individuais contra os abusos do Estado.

3. A Importância da Separação dos Poderes para a Democracia

O regime democrático é adotado na maioria dos países do mundo, inclusive por aqueles que utilizam a forma Unitária de Estado, na qual há grande concentração de poderes em um órgão central, como ocorre, por exemplo, no Uruguai. Por isso, é típico das democracias a separação dos poderes estatais.

É bem verdade que a doutrina moderna há tempos crítica o termo "separação dos poderes", uma vez que o poder é uno e indivisível, havendo distribuição das funções do poder entre diversos órgãos.

Indo além, há também aqueles que entendem que esse modelo de divisão em apenas três funções está superado, pois há outras funções constitucionais como a de controle, tão importante para a Democracia quanto as primeiras, que é exercida por órgãos independentes e autônomos, não integrantes de nenhum dos poderes, como o Ministério Público e os Tribunais de Contas.

Sem adentrar no mérito dessa discussão doutrinária, a literatura consagrou a utilização da expressão “separação dos poderes” para designar especificamente as funções típicas dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que trataremos mais adiante.

Destaque-se a pertinente e contundente observação de Dalmo Abreu Dallari sobre o tema:

“o sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistemas de freios e contrapesos”^[5].

Por isso, a importância da teoria da separação dos poderes para a democracia, pois ela visa combater os excessos e abusos do poder estatal na prática de suas funções, em face dos indivíduos, combatendo ainda a concentração total de poder e se contrapondo de uma vez a qualquer resquício absolutista e ditatorial.

Nessa esteira, no julgamento do MS 23.452, publicado no DJ de 12.05.2000, cujo relator foi o Min. Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal deixou assentado que:

“O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação dos poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional”.

Assim, pode-se perceber quão relevante é a distribuição e repartição de funções entre os poderes da República, conforme dicção expressa da Constituição Federal, de modo que o exercício das funções administrativa, legislativa e judicial seja harmônico, compartilhado e independente, sem preponderância entre os

poderes, pois devem ser exercidas em benefício de seu verdadeiro titular, o povo, nos termos do art. 1º, § único, da CR/88.

4. A Separação de Poderes, Funções Típicas e o Sistema de Freios e Contrapesos

A Constituição Federal de 1988 consagrou a teoria da tripartição dos poderes em três órgãos: Executivo, Legislativo e Judiciário, conforme art. 2º, dizendo o seguinte:

“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”^[6].

Esse posicionamento continua em pleno vigor e é adotado pela doutrina e pela jurisprudência pátria, em que pese as considerações feitas acima sobre a unicidade do poder e da superação do modelo das três funções, esse entendimento impera no ordenamento jurídico nacional e no internacional

Com a repartição de funções realizada pela Constituição Federal, cada poder exerce suas funções típicas independente dos demais e incumbe apenas ao próprio poder, a atribuição típica do exercício de sua função, embora também esteja constitucionalmente prevista atribuições atípicas.

4.1 Funções Típicas dos Poderes

O Poder Executivo, exerce por excelência, a função típica de realizar toda a atividade da administração pública, seja direta, seja indireta, através da função administrativa, tocando os atos administrativos e demais atos e contratos com o objetivo de conduzir o país, tendo em vista os princípios orientadores do art. 37 “caput” da CF/88.

Assim, o Poder Executivo dispõe de meios concretos de atuação, uma vez que pode e tem o dever de legal de praticar diversos serviços públicos, direta ou indiretamente, bem como tomar medidas necessárias para a condução das políticas públicas.

Alguns exemplos de funções típicas do Poder Executivo na CF/88:

(...)

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

- I - nomear e exonerar os Ministros de Estado;
- II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;
- III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;
- IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;
- V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente”.

(...)

É de se ressaltar que esse modelo deve ser observado pelas Constituições Estaduais e pela Lei Orgânica do Distrito Federal, que devem estabelecer competências assemelhadas aos seus Governadores, conforme o princípio da simetria.

Além de suas funções típicas, o Poder Executivo também exerce funções atípicas, quando, por exemplo, o Chefe desse poder editar medidas provisórias, com força de lei.

Já o Poder Legislativo possui a função precípua de produzir as espécies normativas previstas no art. 59 da CF/88, de acordo com os regramentos próprios a cada espécie, a exceção daquelas que são de competência do Poder Executivo, como as Leis Delegadas e de Projetos de Lei, que são de iniciativa do Poder Judiciário e de outros órgãos autônomos.

Ademais, incumbe ao Poder Legislativo a titularidade do controle externo da Administração Pública, consoante dicção do art. 70 da CF/88. Desse modo, esse poder realiza a fiscalização de todos os atos administrativos dos demais poderes, principalmente os atos do Poder Executivo, sua administração direta e indireta.

Assim, são atribuições típicas desse poder legislar e fiscalizar.

Alguns exemplos de funções típicas do Poder Legislativo na CF/88:

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

(...)

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.

(...)

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional (...) dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

I - sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas;

II - plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado;

III - fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas;

IV - planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento;

V - limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União;

VI - incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas Assembléias Legislativas;

VII - transferência temporária da sede do Governo Federal”.

(...)

Cumpra ainda salientar que o Poder Legislativo exerce funções atípicas, quando, em observância a mandamento constitucional, por exemplo, o Senado Federal realiza o julgamento do Presidente da República nos crimes de responsabilidade.

Por sua vez, a atuação do Poder Judiciário diz respeito a regulação de todas as situações suscetíveis à apreciação jurídica, de direito público e de direito privado, tendo em vista que no Brasil se adota o Sistema Inglês ou Sistema de Unicidade de Jurisdição. Assim, apenas o Poder Judiciário tem a função de realizar julgamentos dos casos que lhes são submetidos e de decidir com força de definitividade, sempre que provocado.

É importante ressaltar ainda, no bojo da atuação do Poder Judiciário, o princípio da inafastabilidade jurisdicional, que vige no ordenamento jurídico nacional. Esse princípio está previsto no art. 5, inciso XXXV e estabelece que:

“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça de lesão”.

Desse modo, verifica-se a importante missão do Poder Judiciário em nosso país, a de ser o pacificador das relações sociais, dos litígios entre particulares e entre a Administração Pública e aqueles, a fim de resolver definitivamente os casos concretos ou abstratos que lhes são submetidos.

Alguns exemplos de funções típicas do Poder Judiciário na CF/88:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

(...)

e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro.

(...)

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

(...)

VII - os *habeas corpus*, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;

VIII - os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar.

(...)

Destaque-se que também o Poder Judiciário exerce funções atípicas, quando, por exemplo, encaminha projetos de lei, de sua iniciativa exclusiva, por expressa determinação constitucional, bem como na elaboração de regimento interno de seus órgãos.

Os autores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2018, p.444), dispõem que essa nova feição do princípio da separação dos poderes, a doutrina americana

consolidou o mecanismo de controles recíprocos entre os poderes, denominado de sistema de freios e contrapesos.^[7]

Segundo os autores supracitados, esse mecanismo visa a garantir o equilíbrio e harmonia entre os poderes, por meio de controles recíprocos, isto é, mediante a previsão de interferências legítimas de um poder sobre o outro, nos limites admitidos na Constituição.

Nesse sentido, pode-se inferir que a Constituição Federal de 1988 não adotou um modelo de separação rígida de poderes, mas, um modelo de separação flexível, de modo que um poder, nas situações constitucionalmente previstas, pode exercer o controle sobre o outro, a fim de assegurar a harmonia e independência entre eles, consoante a teoria dos freios e contrapesos.

4.2. Mecanismos de Freios e Contrapesos na Constituição Federal 1988

Como dito em linhas acima, os mecanismos de freios e contrapesos são os instrumentos de controles previstos constitucionalmente que permitem a um poder controlar os atos de outro poder, a fim de que evitem abusos ou excessos e assegurem o equilíbrio do sistema de tripartição de poderes adotado na Constituição Federal.

Vamos aos exemplos do texto constitucional onde um poder atua como limite e contrapeso do outro poder.

4.2.1 Do Poder Legislativo atuando em contrapeso ao Poder Executivo

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

(...)

III – autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias;

IV – aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas;

V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”;

(...)

Infere-se do excerto, que quando o Poder Legislativo realiza o controle dos atos emanados do Poder Executivo ocorre a sua atuação como contrapeso a esse poder, de forma que não ultrapasse certos limites legais e constitucionais.

4.2.2 Do Poder Legislativo atuando como contrapeso ao Poder Judiciário

“Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

III – aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:

a) magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição”;

(...)

De maneira similar ao comentado anteriormente, essa atuação do parlamento controlando atos do Poder Judiciário limita a sua atuação e estabelece um contrapeso para suas ações.

4.2.3 Do Poder Executivo atuando como contrapeso ao Poder Legislativo

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

V – vetar projetos de lei, total ou parcialmente;

(...)

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I – o Presidente da República”;

(...)

O Poder Executivo também possui atribuição de controlar os atos praticados pelo Legislativo, sobretudo os que decorram de sua função Legislativa, agindo como limite constitucional de suas ações.

4.2.4 Do Poder Executivo atuando em contrapeso ao Poder Judiciário

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

XII – conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

(...)

XIV – nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei”;

(...)

Na mesma esteira, o Poder Executivo exerce o controle do Poder Judiciário, principalmente nas situações constitucionais de escolha e nomeação de cargos aos órgãos daquele poder.

4.2.5 Do Poder Judiciário em contrapeso com o Poder Executivo

Vimos que no Brasil se adota o Sistema Inglês, por meio do qual apenas o Poder Judiciário toma decisões com força de definitividade, tanto quanto aos atos praticados pela Administração Pública, quanto aos atos emanados de particulares, o que implica o monopólio da jurisdição. Assim, os exemplos constitucionais só corroboram a tutela jurisdicional una.

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

(...)

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República”;

(...)

4.2.6 Do Poder Judiciário em contrapeso com o Poder Legislativo

Nada escapa ao controle do Poder Judiciário, nos termos do art. 5º, XXXV, da CF/88, que reza: a lei não excluirá da apreciação desse poder nenhuma lesão ou ameaça de lesão. Assim, o Poder Legislativo deve praticar os atos legislativos de acordo com as limitações constitucionais e legais de cada espécie normativa, sob pena de ver suas decisões invalidadas pelo Poder Judiciário.

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República”;

(...)

5. Conclusão

O presente artigo, longe de querer esgotar assunto tão relevante para o constitucionalismo brasileiro, busca promover uma maior reflexão sobre as funções realizadas pelos três poderes da República Federativa do Brasil, principalmente acerca da Separação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e o Sistema de Freios e Contrapesos consagrados pela doutrina e jurisprudência nacional e insculpidos no art. 2º da Constituição Federal.

Ademais, mostrou-se a importância da separação das funções do poder e dos instrumentos de freios e contrapesos como formas de fortalecer o regime

democrático, tendo em vista que a democracia visa um equilíbrio de forças, para consecução de objetivos comuns.

Nesse sentido, apresentou-se as funções típicas e atípicas de cada poder e destacou-se sua importância no regime democrático, com o fim de coibir a usurpação de um poder sobre o outro.

Por isso, foram apresentados de forma categórica exemplos constitucionais dos mecanismos de freios e contrapesos estatuídos diretamente da Constituição Federal, onde cada poder atua como limite e controle dos demais poderes, tudo em consonância com a harmonia e independência que vige nesse sistema.

Por fim, saliente-se que não há predominância de um poder sobre os demais, nem importância maior deste ou daquele poder, mas, todos e cada um, de forma equilibrada e autônoma, exercem suas funções administrativa, legislativa e judicial nos ditames da Lei Fundamental do país, sendo salutar para a permanência da democracia que um poder não subverta os demais.

6. Referências bibliográficas

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Direito Constitucional. Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. >
Acesso em 27 de fevereiro de 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 16.ed.atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 23 edição -São Paulo: Saraiva Educação,2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Direito Constitucional. Disponível em:
< <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>> Acesso em 27 de fevereiro de 2020.

Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. *Direito constitucional descomplicado*. 17 edição.,rev.e ampl.-Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NOTAS:

^[1] *Direito constitucional esquematizado/Pedro Lenza-23.ed.-São Paulo: Saraiva Educação,2019, pág. 567.*

^[2] Direito constitucional esquematizado/Pedro Lenza-23.ed.-São Paulo: Saraiva Educação,2019, pág. 567.

^[3] Direito constitucional esquematizado/Pedro Lenza-23.ed.-São Paulo: Saraiva Educação,2019, pág. 567.

^[4] Direito constitucional esquematizado/Pedro Lenza-23.ed.-São Paulo: Saraiva Educação,2019, pág. 567.

^[5] Direto Constitucional. Elementos de teoria geral do Estado, p.184-185.

^[6] Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Direito Constitucional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. > Acesso em 27 de fevereiro de 2020.

^[7] Direito constitucional descomplicado/Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino.- 17.ed.,rev.eampl.-Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GOVERNANÇA CORPORATIVA EM EMPRESAS ESTATAIS E AÇÕES DE CLASSE ESPECIAL

DANIEL BRASILIENSE E PRADO:

Procurador da Fazenda Nacional, atua na Coordenação-Geral de Assuntos Societários (CAS/PGFN).

Resumo: O presente artigo visa estudar alternativas à questão das ações preferenciais de classe especial (*golden share*), considerando a inexistência de soluções normativas internas. A partir do direito administrativo global serão pesquisadas soluções nas boas-práticas da OCDE e do Banco Mundial, com recorte feito na possibilidade de melhoria do ambiente institucional e de negócios, uma vez adotada as boas-práticas de governança. O estudo levará em conta os relatórios internacionais, realizando cotejo com a situação nacional documentada nos estatutos das empresas estatais que possuem *Golden share*.

Palavras-chaves: Boas-práticas. OCDE. Banco Mundial. Governança Corporativa. Golden Share.

1. Objetivo

Verificar soluções para as ações preferenciais de classe especial (*Golden share*), considerando a limitada normatividade nacional, pesquisando o alcance das boas-práticas internacionais sobre governança corporativa nas empresas estatais brasileiras.

Investigar se, no que tange ao desenho societário e às ações de classe especial, a adoção destas práticas acarreta melhorias no mercado de capitais e na confiança do investidor, e qual o nível atual de aderência em âmbito nacional.

2. Problema

Considerando o limitado alcance normativo nacional quando se trata das ações preferenciais de classe especial, qual o nível de aderência nacional às boas-práticas internacionais no âmbito das empresas estatais, no que tange especificamente à existência das ações de classe especial e seus desdobramentos no âmbito da governança corporativa?

3. Hipóteses

Quando a legislação pátria não soluciona questões práticas, é possível utilizar regramentos internacionais, com objetivo de melhorar a governança das estatais.

A adequação das empresas estatais ao panorama internacional relativo às boas-práticas aumentará o fluxo de capitais e investimentos, desde que exista aumento na confiança e previsibilidade institucional, proteção ao investidor e transparência na governança das estatais.

4. Justificativa

Para melhoria da governança corporativa faz-se necessário estudar se as boas-práticas são meio para aprimoramento institucional.

5. Metodologia

Traçar comparativo entre o contexto nacional e o previsto na OCDE e Banco Mundial, por meio de estudo de relatórios internacionais e legislação nacional, com base no direito administrativo global.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. GOVERNANÇA CORPORATIVA DAS ESTATAIS. 2.1 DESESTATIZAÇÃO E AÇÃO DE CLASSE ESPECIAL. 2.2 DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL E GOVERNANÇA CORPORATIVA. 2.3 GOVERNANÇA À DISTÂNCIA. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O processo de privatização ocorrido no Brasil, nas décadas de oitenta e noventa, foi repleto de controvérsias e acalorados debates políticos e sociais, motivo pelo qual não foi finalizado completamente, restando ainda muita atividade empresarial sob comando estatal.

Após esta primeira onda de privatização a permanência estatal se destaca nas participações minoritárias no capital social das corporações privatizadas, ou ainda, com a manutenção de ações preferenciais de classe especial, mais conhecidas como *golden share*.

A legislação brasileira sobre desestatizações versa sobre esta ação de classe especial, assim como a lei societária, porém dizem pouco sobre o aspecto temporal, a duração da ação, sua eventual supressão ou manutenção, legitimidade para alteração, restando certo vácuo neste particular.

Por óbvio que não se pode esperar a completa previsão de conflitos pelo texto legal, pois no momento da criação o legislador talvez não estivesse em condições de prever eventuais lacunas, mas o fato é que no estado atual não existe previsão satisfatória acerca da duração da ação especial, e dos trâmites para a sua supressão, se assim o entender o gestor.

O direito administrativo global pode trazer algumas respostas a estes questionamentos, em forma de regramentos provenientes de organismos internacionais, conhecidos como boas-práticas na governança corporativa.

Claro que a adoção destes regramentos não está isenta de dúvidas, haverá debates sobre sua legitimidade, alcance e possível tentativa de governança à distância pelos entes internacionais que produzem estas regras.

Mas de fato merece reflexão e debate, na tentativa de conseguir melhor governança e desempenho das corporações estatais, sendo este o cerne no presente artigo.

2. GOVERNANÇA CORPORATIVA DAS ESTATAIS

2.1 DESESTATIZAÇÃO E AÇÃO DE CLASSE ESPECIAL

A moldura normativa básica sobre desestatizações encontra-se na Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, a qual revogou a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, instituindo o Programa Nacional de Desestatização (PND) que possui, dentre outros, o objetivo de reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente alocadas no setor público.

Ocorre que, como seria de se esperar, a norma não consegue abarcar todas as questões relativas às desestatizações, pois além de não conseguir prever futuros imbróglios surgidos no movimento de desestatização, o mundo negocial e societário caminha rápido e em constantes mudanças.

Exemplo disso foi a alienação da posição acionária da União no capital social do IRB – Brasil Resseguros S.A., correspondente a aproximadamente 11,69% do total das ações ordinárias de emissão da companhia, mantendo-se intacta uma ação preferencial de classe especial[1], também conhecida como *golden share*.

Com efeito, as 36.458,237 (trinta e seis milhões, quatrocentos e cinquenta e oito mil, duzentos e trinta e sete) ações ordinárias de emissão do IRB Brasil

Resseguros S.A. detidas pela União foram incluídas no PND para alienação por meio do Decreto nº 9.811, de 30 de maio de 2019, sem no entanto incluir a ação de classe especial.

Levanta-se a questão sobre qual o momento adequado para supressão da cláusula especial, como a prática ocorre no âmbito internacional, qual a sua possível precificação, além de qual foro competente para levar a cabo a sua extinção.

A ação preferencial de classe especial possui previsão legal no ordenamento brasileiro, no âmbito da legislação societária e da Lei nº 9.491/97.

A Lei de Sociedade Anônima (Lei nº 6.404/1976) prevê no §7º, do art. 17, que *"nas companhias objeto de desestatização poderá ser criada ação preferencial de classe especial, de propriedade exclusiva do ente desestatizante, à qual o estatuto social poderá conferir os poderes que especificar, inclusive o poder de veto às deliberações da assembléia-geral nas matérias que especificar"*.

Por outro lado, a Lei nº 9.491/1997 estabelece em seu art. 8º, *"Sempre que houver razões que justifiquem, a União deterá, direta ou indiretamente, ação de classe especial do capital social da empresa ou instituição financeira objeto da desestatização, que lhe confira poderes especiais em determinadas matérias, as quais deverão ser caracterizadas nos seus estatutos sociais"*.

A intenção com este mecanismo é manter o poder de gestão estatal a bem do interesse público, exercendo controle interno na companhia privatizada, com o fim de garantir o cumprimento de objetivos e metas, após o processo de privatização. Desta forma, deve o ente estatal demonstrar o interesse público no momento da criação desta ação de classe especial[2].

A premissa básica era conciliar a eficiência econômica, contendo os gastos públicos e realocando os ativos empresariais estatais, sem perder por completo a ingerência do Estado sobre a administração de seus interesses estratégicos[3].

Atualmente a União detém a ação preferencial de classe especial no IRB Brasil Resseguros S.A., Vale S.A. e Embraer S.A.

O estatuto social do IRB Brasil Resseguros prevê a existência de ação preferencial de classe especial (art. 8º), conferindo direito de veto à União em deliberações e negócios jurídicos da empresa tais como mudança de denominação, transferência de controle acionário, alteração de logomarca, definição de políticas

e operações internas, além da indicação de membros para o conselho de administração e fiscal.

Conforme o estatuto social da Embraer S.A., a ação ordinária de classe especial (art. 9º) confere à União poder de veto na mudança de denominação da companhia ou seu objeto social, alteração ou aplicação da logomarca, criação ou alteração de programas militares, capacitação de terceiros em tecnologia para programas militares, interrupção de fornecimento de peças de manutenção, transferência do controle acionário.

Por sua vez, o estatuto social (art. 7º) da Vale S.A. prevê uma ação preferencial de classe especial que confere à União, em síntese, direito de veto sobre matérias referentes à alteração da denominação social, mudança da sede social, do objeto social a que se refere a exploração mineral, liquidação da sociedade, alienação ou encerramento das atividades, e outras modificações que acarretem alterações na cláusula especial.

A norma sobre desestatização determina que a União deterá a *golden share* "sempre que houver razões que justifiquem", conceito aberto que não indica com acuidade quando poderá ser suprimida a cláusula, mesmo no caso apontado em que não exista mais nenhuma participação acionária na empresa, exigindo outros influxos e informações para determinar o contexto de exclusão e supressão da cláusula.

Não existe solução legislativa para a supressão de direitos conferidos pela ação de classe especial, quando as razões que justificarem sua criação tiverem exaurido, de modo que a legislação citada menciona apenas a possibilidade de sua extinção, sem propiciar meios ou avançar no assunto.

Em 19 de julho de 2017 foi formulada consulta perante o Tribunal de Contas da União, pelo então Ministro de Estado da Fazenda, questionando acerca da possibilidade da supressão dos direitos conferidos pela *golden share*, necessidade ou não de contrapartida financeira, e qual seria a autoridade competente para realização do ato.

A consulta, tombada sob o nº TC 025.285/2017-3, encontra-se em curso no Tribunal de Contas da União, sem decisão final até o presente momento.

Merece destaque posicionamento da unidade instrutora da Corte, no sentido de que, como não existe previsão legal acerca da supressão de direitos concedidos por meio das ações de classe especial, a matéria deveria ser discutida no âmbito do

Congresso Nacional, para criação de dispositivos legais tratando sobre a supressão, método de precificação dos direitos, além de outras peculiaridades que ensejaram a sua criação.

Sem resposta legal para a questão, a melhor saída seria a criação de norma nova pelo Congresso Nacional? Neste caso, a solução transcorreria em tempo hábil? Existe uma alternativa possível, para resolver com segurança e de forma mais célere o problema posto?

2.2 DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL E GOVERNANÇA CORPORATIVA

É possível se utilizar de recursos e regramentos extraordinários, fora do contexto normativo formal, mas que possibilitam soluções atuais para o problema com maior celeridade.

Neste contexto o direito administrativo global pode auxiliar, compreendido como regulamentações produzidas em contexto global, fora da órbita doméstica nacional, em formato de princípios, mecanismos, práticas e compreensões sociais criadas por organizações intergovernamentais, híbridas, privadas ou transnacionais, capazes de auxiliar no caso concreto[4].

Poderia surgir o questionamento de ausência de legitimidade na utilização de regramentos estranhos ao ordenamento brasileiro, que não passaram pelo *iter* legislativo e tampouco foram debatidos pelas casas congressuais em sua formação.

De fato, no interesse de aumentar a legitimidade de suas regulamentações, algumas instituições estão adotando procedimentos direcionados para maior transparência, participação, publicidade e responsabilização dos agentes.

Legitimidade pode ser discutida no âmbito político, quando toma forma e corpo legal, mas também pode ser discutida em termos de valores acrescidos, quando em sua constituição forem utilizados elementos como a transparência, participação na formulação de práticas e *accountability*[5].

Existem contribuições valiosas sobre o tema em relatórios do Banco Mundial e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

A utilização destes parâmetros para melhorias na governança estatal pode ser explicada pela alta representatividade das estatais no contexto da economia mundial e grande participação na formação do produto interno bruto, de modo

que o aprimoramento da governança pode aumentar a produtividade e melhorar o desempenho econômico do setor público empresarial, reduzindo a dependência de recursos orçamentários e facilitando o acesso ao mercado de capitais por parte das empresas estatais[6].

Inicialmente empregada na década de 1980 no processo de privatização do Reino Unido, a *golden share* subsiste no atual panorama brasileiro, como dito, no âmbito das companhias Vale S.A., na Embraer S.A. e no IRB - Instituto de Resseguros do Brasil S.A.

Devido ao alto custo político das privatizações, algumas estatais permaneceram com participação minoritária estatal, ou mesmo mantendo poder de controle indireto, sem participação, por meio da *golden share*[7].

A privatização, em uma visão conservadora, foi obra inacabada, pois ainda resta muita "*prata de família*" no acervo estatal, sob diversas formas, sendo a alienação uma excelente medida para reduzir a dívida pública e gerenciar melhor o patrimônio estatal[8].

O Banco Mundial editou em 2014 seu guia de governança corporativa para as empresas estatais (*corporate governance of state-owned enterprises: a tool kit*), no intuito de apresentar boas práticas globais e planos de reforma para maior eficiência e lucratividade, adequando-as ao mercado, voltado aos gestores de estatais[9] comerciais.

De igual modo, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico possui recomendações para boa governança no âmbito das empresas estatais (*OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*)[10], no interesse de apresentar caminhos para melhor eficiência e transparência, alinhado com padrões internacionais de boas-práticas, evitando assim possíveis armadilhas no controle destas empresas.[11]

Estes organismos internacionais se utilizam em maior parte dos estudos da Nova Economia Institucional, buscando reduzir as fricções e perdas existentes entre os agentes econômicos, minorando custos de transação, elaborando estruturas que funcionem coordenadamente, sem favorecimentos e de forma segura e previsível, assegurando o pleno cumprimento contratual.

A matriz teórica se assenta em Ronald Coase,[12] que ao estudar os efeitos sociais negativos que certas atividades impõem a terceiros, estabeleceu o conceito

de custo de transação, o qual seria impeditivo para trocas eficientes, podendo surgir nas formas de custos de procura, barganha ou execução contratual[13].

Avançando nestes fundamentos, Douglass North[14] defende que a depender do modelo institucional adotado, os custos de transação serão reduzidos, melhorando o desempenho da economia e da produção, ao estabelecer estruturas estáveis para interações sociais.

A percepção das pessoas de que uma estrutura de regras em um dado sistema é justo auxilia na redução dos custos de transação; de outro lado, quando a percepção dos envolvidos sobre aquele mesmo sistema é de injustiça, os custos de transação e contratação são elevados, pois soma-se à transação os custos decorrentes da imposição e execução contratual[15].

Mais importante do que o grau de investimento é o nível de evolução das instituições. O nível de investimento possui menor peso quando tratamos de desenvolvimento do que a formatação institucional aplicada à determinada região, pois *"curiosamente, em vários países, apesar de o investimento ter aumentado, o esperado desenvolvimento sustentável não se materializou"*[16].

Em reforço, ainda na leitura institucional, a *"falta de investimento, políticas deletérias e falta de capital humano são explicações secundárias"*,[17] pois o mais importante seriam as estruturas institucionais, e o grau de previsibilidade conferido às relações de troca.

Estabelecidas instituições eficientes, seria possível ver o empreendedorismo crescer, pois uma vez representadas as riquezas na titulação de ativos, bem delimitadas em seus contornos e limites, facilitando a transação e o desenvolvimento, surgiriam os *"acres de diamantes"*, escondidos na sociedade e prontos para circular e gerar mais riqueza.[18]

A ação de classe especial se insere no contexto institucional, sendo ferramenta que impede a previsibilidade e deita os destinos das corporações em lençóis políticos, afastando a previsibilidade e segurança necessárias nos atos negociais.

Os relatórios do Banco Mundial e da OCDE[19] apontam para a necessidade de normas transparentes, dados financeiros abertos, listagem de ações em bolsa de valores, divulgação de auditorias, aspectos que atuam como indicadores de boa governança, melhorando o incentivo para investimento e captação de capital pela empresa.[20]

No que tange à indicação para órgãos administrativos, o governo deve se ater a aspectos profissionais e de eficiência, devendo se eximir de escolhas políticas e obscuras. As escolhas devem se basear em critérios meritórios e transparentes.

Em relação ao caso concreto, neste quesito não há dúvida que os termos da cláusula especial foram divulgados, estando presente categoricamente no estatuto social da empresa, disponível no sítio eletrônico das companhias.

Em relação ao tratamento entre acionistas, deve-se buscar a equidade, reconhecendo o direito das minorias e protegendo-as de ações abusivas. Quando houver escolhas e decisões a serem feitas pelo Estado enquanto ente majoritário, devem ser feitas sem que isso importe em abuso ou favorecimentos.

Sobre a administração da companhia e relação entre os acionistas, as regras devem ser claras no sentido de permitir o conhecimento estrutural da companhia. Existindo direitos especiais detidos pelo Estado, como a *golden share* ou acordo de acionistas, estes devem ser abertos, para manter a confiança dos investidores na empresa, e enumerados de forma clara no estatuto da empresa.

No caso destes poderes especiais, as boas-práticas apontam que devem ser transparentes e claros, devendo ser realizada revisão periódica dos objetivos para garantia que ainda se façam necessários, além de que o exercício da cláusula deve ser feito de acordo com critérios predefinidos.

A ação preferencial de classe especial, que confere poderes de gerência na estatal, deve se limitar às questões estritamente necessárias para proteção de interesses públicos essenciais, como os relacionados à segurança pública[21].

Quando se fala em gestão, a oportunidade de escolha de membro no conselho fiscal e administrativo poderia retirar a inovação empresarial própria da iniciativa privada.

Para o Banco Mundial, as companhias com o maior grau de boas-práticas não possuem cláusulas diferenciais em favor do poder público, salvo aquelas que dizem respeito à participação acionária de fato. O tratamento equitativo entre os acionistas cumpre as expectativas internacionais de mercado.

De certa forma, a existência da *golden share*, de acordo com os relatórios, ecoa as diretrizes de John Stuart Mill, ancoradas na obra *On Liberty* (1859), defensor de que o Estado mínimo deveria intervir apenas para afastar o mal,

fundamentalmente agindo na segurança, conferindo o máximo grau de liberdade aos cidadãos.[22]

Caso o governo venha a abusar dessa posição de controle, a confiança dos investidores na empresa tende a cair, afetando a captação de recursos. Qualquer que sejam os direitos conferidos pela cláusula especial, estes devem ser exercidos de acordo com critérios pré-definidos[23].

O uso da cláusula especial, no panorama internacional, vem sendo reduzido por acarretar distinções entre os acionistas, sendo que na União Européia foram considerados ilegais em 2000, posição confirmada posteriormente[24].

De fato, com a integração europeia fundada em princípios de paridade de tratamento e competição isonômica, a *golden share* em estatais passa a ser vista com desconfiança, uma vez que pode distorcer o fluxo de capitais, bens e serviços, assim como restringir o funcionamento do mercado de controle corporativo diante da dificuldade na formulação de oferta pública de aquisição de ações no capital das companhias privatizadas[25].

Regras devem transmitir clareza e transparência, e, preferencialmente, as políticas devem estar reduzidas em um único documento, com o alinhamento de normas, regulamentos, evitando assim a dispersão normativa.

No caso específico do IRB, percebe-se que as regras relativas à *golden share* não se amoldam às boas-práticas editadas pelos relatórios sob análise. Primeiro porque a cláusula especial se relaciona com o acordo de acionistas, modificado o último, tem-se reflexos no primeiro, podendo reduzir o grau de transparência esperado. Segundo, a sua previsão extrapola questão de segurança pública, estando ligada mais à abertura do mercado de resseguro, que na realidade brasileira era monopólio estatal até 2007[26].

2.3 GOVERNANÇA À DISTÂNCIA

Mesmo que se possa concordar, em hipótese, com as conclusões dos relatórios em relação ao interesse em reduzir os poderes e a própria existência da ação de classe especial, limitando-a a situações episódicas, é certo que a questão deve ser lida considerando-se a realidade de cada país.

Apesar dos países em desenvolvimento sofrerem de problemas semelhantes, não existe solução padrão a ser aplicada indistintamente, pois encontram-se em

estágios distintos de desenvolvimento, assim como não existe solução rápida, mas sim solução de acordo com o estágio de cada um[27].

O problema de indicadores e boas práticas está na hipótese de que haveria um modelo único de referência a ser seguido, capaz de traduzir reformas em melhorias, seja qual for o sistema político em uso.

A questão dos relatórios de boas-práticas e modelos de governança, no intuito de induzir reformas para melhorar o ambiente de investimento e desenvolvimento de negócios é questão que levanta muita controvérsia.[28]

Argumenta-se que seria uma forma de governança à distância, de modo que países desenvolvidos optariam por apresentar indicadores a serem seguidos pelos em países em desenvolvimento, espécie de *soft law*, onde não existiria sanção para sua desobediência, mas ao mesmo tempo cria sanções sociais ("*shaming*") em formato de pressão entre parceiros, ou ainda sanções econômicas, pelo afastamento de potenciais investidores.

São referenciais que permitem aferir a boa ou má prática, de forma simplificada, traduzindo o complexo mundo social em referenciais capazes de legitimar a conduta de diversos atores globais. Apesar desta retórica ser apresentada de forma fria, neutra e metódica, através da legitimação técnica numérica, é fato que por trás existe uma intenção política de governança à distância.[29]

As informações provenientes de indicadores e relatórios, em uma realidade onde as métricas de auditoria possuem cada vez mais força com sua cultura cada vez mais fortalecida, passam a sensação de certeza e objetividade, facilitando comparações e classificação.[30]

Em um mundo cada vez mais complexo, a aceitação de políticas previamente formatadas e disponibilizadas no intuito de melhoria do ambiente corporativo, fundadas no paradigma do *rule of law*, devem ser acolhidas com a prévia reflexão acerca de seus valores.[31]

Ao comparar as empresas estatais às privadas, de modo que o modelo padrão a ser seguido seria sempre a destas últimas,[32] afasta-se a premissa de que o Estado age a partir de ponderações políticas, de modo que a simples alocação de premissas e boas-práticas aplicáveis às instituições privadas podem simplesmente não funcionar no modelo em que exista interferência do Estado.[33]

Mesmo concordando com a existências de políticas boas e necessárias, a sua aplicação deve ser feita com cautela. Políticas econômicas para o desenvolvimento, a partir de apresentação de fórmulas institucionais para o bom desempenho devem considerar o curso da história, costumes e particularidades locais. Caso contrário, podem resultar em efeitos adversos como maior desigualdade social, fraco crescimento econômico e estagnação[34].

Para tanto, em respeito às particularidades locais, a alteração de cláusulas especiais que coloca o sócio estatal minoritário em uma posição de destaque deve ser lidas no contexto histórico.

No contexto da globalização, é preciso respeitar as diferenças locais e suas preferências, pois não existe um modelo único que serve em todos, devendo cada Nação ter o direito de proteger seus arranjos sociais e eleger o modelo institucional que melhor adere à textura social.[35]

Desta forma, a adoção do direito administrativo global formatado a partir das boas-práticas sob exame deve ser realizado de baixo para cima, de forma participativa e democrática, implementado com transparência e responsabilidade, em procedimento que possibilite o debate dos atores diretamente envolvidos[36].

Outra crítica realizada à boa governança propaga por instituições internacionais seria o fato de que, em abordagem histórica, as atuais práticas propagadas como salvação para estagnação política dos estados não foram utilizadas pelos atuais países desenvolvidos.

Dito de outra forma, em geral as práticas de boa governança são provenientes de países desenvolvidos, mas que no seu processo de desenvolvimento não se utilizaram desses mecanismos tidos como corretos atualmente.

A necessidade de transparência de informações, *disclosure* financeiro e auditoria nas empresas, quando observado no contexto histórico dos países em desenvolvimento, era de péssima qualidade, senão inexistentes.

No Reino Unido, até o *Company Act* de 1948, as normas sobre transparência nas informações empresariais eram bastante precárias, transformando o mercado de capitais da era vitoriana algo complexo e inseguro.

Cruzando o oceano, nos Estados Unidos foi apenas com o *Federal Securities Act* de 1933 que a transparência de informações acerca de empresas tornou-se compulsório, no que tange às ofertas públicas de ações[37].

Não se contesta o fato apresentado, mas não há dúvidas de que políticas de transparência, auditoria e gestão empresarial atraem o capital de investidores, tenha sido ou não utilizada por países desenvolvidos em seu estágio anterior de desenvolvimento.

Aumentar o fluxo de capitais significa aumentar as receitas estatais, entrada de fundo nos cofres para fazer frente a políticas públicas. Em cenário de déficit orçamentário é necessário crescimento das receitas do governo central[38], que podem ocorrer por vários meios, sendo a tributação um deles.

A confiança internacional nas empresas brasileiras, em virtude do alinhamento com as boas-práticas, incrementaria a participação financeira dos investidores, ocasionando, via reflexa, aumento na tributação de suas realizações, auxiliando na recuperação econômica.

Analisando sob o aspecto comparativo, no caso específico do IRB, verifica-se que as maiores resseguradoras do mundo[39] possuem o capital pulverizado, sendo estas a *Swiss Re - Schweizerische Rückversicherungs-Gesellschaft AG*[40] e a segunda maior a *Munich RE - Münchener Rückversicherungs - Gesellschaft AG*[41].

No âmbito das maiores internacionais, não há concentração de ações em poder de um único titular, além de inexistir ação de classe especial conferindo poderes ao governo.

3. CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou investigar os reflexos da boa governança, ditada por organizações internacionais, usando como base de argumentação o direito administrativo global.

Percebe-se que existe ainda caminho considerável a ser trilhado pelas estatais brasileiras rumo à melhoria em sua governança corporativa, mormente no que tange à estrutura societária e existência de ações especiais, conhecidas como *golden share*, que conferem direitos extraordinários ao ente estatal desvinculado de sua participação acionária.

Em que pese a existência de argumentos contrários à utilização destes parâmetros internacionais, e respeitada a coerência de seus fundamentos, o alinhamento interno com estas práticas pode traduzir em aumento do fluxo financeiro e receitas em prol do estado, no intuito de fazer frente a políticas públicas.

A situação específica da ação especial no IRB Brasil Resseguros, quando comparado com outras instituições internacionais semelhantes, demonstra o descompasso da sociedade resseguradora nacional em termos de estrutura societária, por possuir a ingerência estatal sem correspondente participação acionária.

4. REFERÊNCIA

- KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richard B. *"The Emergence of Global Administrative Law"*. In: LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS, Vol. 68:15 Summer/Autumn 2005. Pgs. 16-17.
- CHAZOURNES, Laurence Boisson de. *"Changing Roles of International Organizations: Global Administrative Law and the Interplay of Legitimacies."* In: International Organizations Law Review, vol. 6, pp. 655–666, 2009.
- OECD (2015), OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, 2015 Edition, OECD Publishing, Paris.
- HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o novo direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 2011. CAP. 3 e Cap 4.
- COASE, R. H. *The firm, the market, and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6ª ed. Boston: Pearson Education Press, 2012.
- MUSACCHIO, Aldo. *Reinventando o capitalismo de Estado: o Leviatã nos negócios: Brasil e outros países*. 1ª ed. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015.
- MICKLETHWAIT, John; WOOLDRIDGE, Adrian. *A quarta revolução: a corrida global para reinventar o Estado*. 1ª ed. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015.
- Corporate governance of state-owned enterprises: a toolkit. The World Bank. 2014.
- NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press, 1990.
- GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *Direito & Desenvolvimento: o papel do direito no desenvolvimento econômico*. Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 8, p. 110-127.

- DE SOTO, Hernando. *The mystery of capital: why capitalism triumphs in the West and fails everywhere else*. New York: Basic Books, 2000.
- HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o novo direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 2011.
- CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. São Paulo: Editora UNESP, 2004.
- Corporate governance of state-owned enterprises: a toolkit. The World Bank. 2014.
- Rodrick, Dani. *The globalization paradox: democracy and the future of the world economy*. New York: W.W. Norton & Company, 2011.
- RESTREPO AMARILES, David. *Transnational legal indicators: the missing link in a new era of law and development policy*. In Pedro Fortes, Larissa Boratti, Andres Palacios, and Tom Daly. *Law and policy in latin America: Transforming courts, institutions, and rights*. Palgrave Macmillan, 2016.
- BROOME, André; QUIRK, Joel. Governing the world at a distance: the practice of global benchmarking. *Review of international studies*. Vol. 41. pp. 819-841. (<https://doi.org/10.1017/S0260210515000340>).
- MERRY, Sally Engle. *Measuring the World Indicators, Human Rights, and Global Governance*. *Current Anthropology*, Vol. 52, nº S3, *Corporate Lives: New Perspectives on the Social Life of the Corporate Form*: Edited by Damani J. Partridge, Marina Welker, and Rebecca Hardin, pp. S83-S95.
- SHAPIRO, Mario Gomes. *Repensando a relação entre Estado, Direito e Desenvolvimento: os limites do paradigma rule of law e a relevância das alternativas institucionais*. *Revista Direito GV*. São Paulo. 6. p. 213-252. Jan-Jun 2010.
- STIGLITZ, Joseph E. *The price of inequality: how today's divided society endangers our future*. 1ª ed. New York: Norton & Company, 2013.
- MILHAUPT, Curtis J.; PARGENDLER, Mariana. *Governance Challenges of Listed State-Owned Enterprises around the World: National Experiences and a Framework for Reform*. Working paper nº 352/2017. Abril 2017.
- <https://www.reinsurancene.ws/top-50-reinsurance-groups/>
- <https://www.swissre.com/investors.html>

- <https://www.munichre.com/en/company/investors.html>

- PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010.

- CAMPINHO, Sergio. *Curso de direito comercial*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

- PELA, Juliana Krueger. *Origem e Desenvolvimento das Golden Shares*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 103. P. 187-238. Jan/dez. 2008.

- Resultado do Tesouro Nacional/Secretaria do Tesouro Nacional. V. 25; n. 12 (Dezembro, 2019). Brasília: STN, 2019.

NOTAS:

[1] Fonte: https://irb.infoinvest.com.br/ptb/988/24180_701542.pdf. Consultado em 15/01/2020.

[2] CAMPINHO, Sergio. *Curso de direito comercial*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Pg. 135

[3] PELA, Juliana Krueger. *Origem e Desenvolvimento das Golden Shares*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 103. P. 187-238. Jan/dez. 2008.

[4] KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richard B. "The Emergence of Global Administrative Law" In: LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS, Vol. 68:15 Summer/Autumn 2005. Pgs. 16-17.

[5] CHAZOURNES, Laurence Boisson de. "Changing Roles of International Organizations: Global Administrative Law and the Interplay of Legitimacies." In: International Organizations Law Review, vol. 6, pp. 655–666, 2009.

[6] PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010. Pg. 79.

[7] MUSACCHIO, Aldo. *Reinventando o capitalismo de Estado: o Leviatã nos negócios: Brasil e outros países*. 1ª ed. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015. Pg. 16-17.

[8] MICKLETHWAIT, John; WOOLDRIDGE, Adrian. A quarta revolução: a corrida global para reinventar o Estado. 1ª ed. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015. Pg. 225.

[9] Corporate governance of state-owned enterprises: a toolkit. The World Bank. 2014.

[10] OECD (2015), OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, 2015 Edition, OECD Publishing, Paris.

[11] Sobre a natureza da OCDE, ver "Esta forma de organização dita transnacional ou transfronteiriça, assume a forma de corporações territoriais e regionais com autonomia própria, tendente a um distanciamento do centro decisório das autoridades administrativas dos Estados nacionais gerando inclusive problemas de falta de legitimação" (HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. Globalização e o novo direito administrativo. Curitiba: Juruá, 2011. CAP. 3 e Cap 4).

[12] Ao analisar os custos prejudiciais resultantes de atividades industriais, e a divergência entre o produto social e privado resultante das atividades, conclui que estabelecidas regras de responsabilidade e de transação, os custos seriam reduzidos, e a atividade fomentada. Introduce a ideia de "firma", alternativa de organização produtiva voltada à redução dos custos de transação, ao lado da regulação Estatal. (COASE, R. H. The firm, the market, and the law. Chicago: The University of Chicago Press, 1990).

[13] De forma bastante pedagógica, Cooter e Ulen apresentam os desdobramentos do teorema de Coase, resumindo em dois corolários: sendo os custos de transação igual a zero, o uso eficiente dos recursos resulta de troca privada, independente dos direitos estabelecidos em torno da propriedade privada; Se os custos de transação forem altos o bastante ao ponto de impedir as trocas, a eficiência no uso dos recursos dependerá de como forem estabelecidos os direitos de propriedade (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Law and Economics. 6ª ed. Boston: Pearson Education Press, 2012. P. 85).

[14] Para o autor, o conceito de instituição é bastante abrangente, podendo se referir a normas formais ou informais (convenções ou códigos de conduta), assim como os mecanismos responsáveis pelo cumprimento destas, sendo criadas pelos indivíduos que interagem no processo. (NORTH, Douglass C. Institutions, Institutional Change and Economic Performance. New York: Cambridge University Press, 1990).

^[15] NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press, 1990. P. 76.

^[16] GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *Direito & Desenvolvimento: o papel do direito no desenvolvimento econômico*. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 8, p. 110-127.

^[17] GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *Direito & Desenvolvimento: o papel do direito no desenvolvimento econômico*. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 8, p. 112.

^[18] De Soto aponta os cinco mistérios do capital, os quais afastariam os países subdesenvolvidos dos desenvolvidos, estando a diferença em grande parte na representação de ativos em forma titulada, permitindo a sua circulação e fluidez, reduzindo a informalidade (DE SOTO, Hernando. *The mystery of capital: why capitalism triumphs in the West and fails everywhere else*. New York: Basic Books, 2000).

^[19] A década de oitenta foi marcada por uma inovação da tecnologia de automação bancária e de novas formas de comunicação, enquanto no plano econômico-político se alicerçavam as diretrizes de um consenso de desenvolvimento para os países subdesenvolvidos sob a batuta de organismos internacionais (Fundo Monetário Internacional, e Banco Mundial). (HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o novo direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 2011. Pg. 34).

^[20] Controversamente, analisando a história recente dos países atualmente desenvolvidos, "chama a atenção o fato de que, mesmo nesses países e já em pleno século XX, as instituições de regulamentação da obrigatoriedade do relatório e da *disclosure* financeiros eram de péssima qualidade" (CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. São Paulo: Editora UNESP, 2004. P.155

^[21] "The ownership entity should develop guidelines regarding equitable treatment of non-state shareholders. It should ensure that individual SOEs, and more particularly their boards, are fully aware of the importance of the relationship with shareholders and are active in enhancing it. When the state is able to exercise a degree of control that exceeds its shareholding, then there is a potential for abuse. The use of golden shares should be limited to cases where they are strictly necessary to protect certain essential public interests such as those relating to the protection of public security and proportionate to the pursuit of these objectives. Further, governments should disclose the existence of any shareholders' agreements and capital structures that allow a shareholder to exercise a degree of control over the

corporation disproportionate to the shareholders' equity ownership in the enterprise". OECD (2015), OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, 2015 Edition, OECD Publishing, Paris. P. 52.

[22] Interessante notar que Mill tinha também outra face, compreendido como autoritário e intervencionista, sem contar em certo grau de interesse próprio nos seus ideais, mormente por ser beneficiário da Companhia das Índias Orientais que por sua vez aproveitava cenário de monopólio e patronagem. (MICKLETHWAIT, John. A quarta revolução: a corrida global para reinventar o Estado. Tradução Afonso Celso da Cunha Serra. 1ª ed. São Paulo: Portfolio Penguin, 2015. P. 59).

[23] Any golden share rights should be exercised only in accordance with predefined criteria, established according to the overall ownership objectives and the specific ownership objectives of the partner entity in which the golden share is held. (Corporate governance of state-owned enterprises: a toolkit. The World Bank. 2014. P. 247).

[24] Corporate governance of state-owned enterprises: a toolkit. The World Bank. 2014. P.35.

[25] PINTO JUNIOR, Mario Engler. Empresa estatal: função econômica e dilemas societários. São Paulo: Atlas, 2010. Pg. 195.

[26] MARTINS, João Marcos Brito. Resseguros: Fundamentos Técnicos e Jurídicos. 2º ed. rev. atual. E-book, 2019.

[27] Rodrick, Dani. The globalization paradox: democracy and the future of the world economy. New York: W.W. Norton & Company, 2011. P. 157 ss.

[28] RESTREPO AMARILES, David. *Transnational legal indicators: the missing link in a new era of law and development policy*. In Pedro Fortes, Larissa Boratti, Andres Palacios, and Tom Daly. Law and policy in latin America: Transforming courts, institutions, and rights. Palgrave Macmillan, 2016.

[29] BROOME, André; QUIRK, Joel. *Governing the world at a distance: the practice of global benchmarking*. Review of international studies. Vol. 41. pp. 819-841. (<https://doi.org/10.1017/S0260210515000340>).

[30] MERRY, Sally Engle. *Measuring the World Indicators, Human Rights, and Global Governance*. Current Anthropology, Vol. 52, nº S3, Corporate Lives: New

Perspectives on the Social Life of the Corporate Form: Edited by Damani J. Partridge, Marina Welker, and Rebecca Hardin, pp. S83-S95.

^[31] SHAPIRO, Mario Gomes. *Repensando a relação entre Estado, Direito e Desenvolvimento: os limites do paradigma rule of law e a relevância das alternativas institucionais*. Revista Direito GV. São Paulo. 6. p. 213-252. Jan-Jun 2010.

^[32] Ao apresentar o modelo privado como sendo o exemplo, infere-se que possuem maior eficiência e melhor gerência sobre seus gastos, do que o serviço público, que por definição será sempre ineficiente e, por conseguinte, privatizar é a melhor opção. No entanto, Stiglitz demonstra que nos casos de serviço social e médico o estado é bastante eficiente em alguns casos, com serviços prestados mais amplamente que na iniciativa privada (STIGLITZ, Joseph E. *The price of inequality: how today's divided society endangers our future*. 1ª ed. New York: Norton & Company, 2013).

^[33] Milhaupt e Pargendler endossam a crítica relacionadas às melhores práticas, no que se refere às empresas estatais, já que os relatórios estabelecem os objetivos, mas deixam a desejar quando se propõe a direcionar o caminho. Além disso, a comparação estreita com instituições privadas acaba deixando de lado motivações de interesse público na existência da empresa estatal, que não são necessariamente comerciais (MILHAUPT, Curtis J.; PARGENDLER, Mariana. *Governance Challenges of Listed State-Owned Enterprises around the World: National Experiences and a Framework for Reform*. Working paper nº 352/2017. Abril 2017. P. 51-52).

^[34] Chang defende a ideia de que muitas das boas prática apresentadas nos relatórios de organismos internacionais não teriam sido utilizadas pelo próprios, no momento em que estavam se desenvolvendo. Ou seja, ignoram sua história, apresentando uma receita para o desenvolvimento econômica distinta daquela utilizada pelos países atualmente desenvolvidos.(CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. São Paulo: Editora UNESP, 2004. P. 207 e ss).

^[35] Para Rodrick a globalização traz alguns paradoxos, pois efeitos nefastos podem surgir quando se utilizam fórmulas prontas para boa governança, sem levar em conta o contexto local. Isso não significa enfraquecer a globalização, mas sim colocar em um compasso harmônico, respeitando a diversidade e as diferenças (RODRICK, Dani. *The globalization paradox: democracy and the future of the world economy*. New York: Norton & Company, 2011. P. 233-250).

[36] KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. *The Emergence of Global Administrative Law*. Law and Contemporary Problems. Vol 68:15.

[37] CHANG, Ha-Joon. Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica. São Paulo: Editora UNESP, 2004. Pgs.154-156.

[38] Neste sentido, destaco: "*Em dezembro de 2019, o resultado primário do Governo Central, a preços correntes, foi deficitário em R\$ 14,6 bilhões contra déficit de R\$ 31,7 bilhões em dezembro de 2018*". Resultado do Tesouro Nacional/Secretaria do Tesouro Nacional. V. 25; n. 12 (Dezembro, 2019). Brasília: STN, 2019.

[39] <https://www.reinsurancene.ws/top-50-reinsurance-groups/>

[40] <https://www.swissre.com/investors.html>

[41] <https://www.munichre.com/en/company/investors.html>

A CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA E A DISCUSSÃO SOB PRISMA LEGAL E JURISPRUDENCIAL ACERCA DA PUBLICAÇÃO PRÉVIA DO EDITAL

DIEGO ALVES LOPES: Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas, Especialista em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes, Servidor do Ministério Público do Estado do Amazonas, Chefe da Secretaria dos Órgãos Colegiados do Ministério Público do Estado do Amazonas.

Resumo: Este artigo objetiva analisar a questão afeta à publicação do edital quando da intenção do ente federado de exigir a contribuição de melhoria para fazer frente ao custo de obras públicas de que decorra a valorização imobiliária. A discussão do tema proposto parte da hipótese de incidência da contribuição de melhoria, culminando na discussão acerca do momento de publicação do edital, que apesar de ser publicado antes da cobrança, gera discussão se essa divulgação editalícia se dá antes ou depois da obra. A relevância da pesquisa reside na questão da valorização dos imóveis afetados por obra pública e em que momento este acréscimo pode ser aferido, exercendo, portanto, relevante efeito sobre o momento juridicamente correto para a publicação do edital. Por fim, após as considerações sobre os referidos aspectos, expõe-se a conclusão, da qual se infere que não há prejuízo ao contribuinte que o edital seja publicado após o término da obra, ou de etapas desta, uma vez que antecedente à exação, tal qual previsão legal.

Palavras-chave: Direito Tributário. Contribuição de melhoria. Publicação do edital.

Abstract: This article aims to analyze the issue affecting the publication of the notice when the federate entity intends to demand the contribution of improvement to face the cost of public works resulting from the real estate valuation. The discussion of the proposed theme starts from the hypothesis of incidence of the improvement contribution, culminating in the discussion about the moment of publication of the notice, which, despite being published before the collection, generates a debate as to whether this announcement is made before or after the work. The relevance of the research resides in the question of the appreciation of the properties affected by public works and in which moment this increase can be measured, thus having a relevant effect on the legally correct moment for the publication of the notice. Finally, after considering the above aspects, the conclusion is exposed, from which it is inferred that there is no prejudice

to the taxpayer if the notice is published after the end of the work, or stages of it, once preceding the exaction, just like legal provision.

Keywords: Tax Law. Improvement contribution. Publication of the notice.

Sumário: 1. Introdução. 2. Contribuição de melhoria: requisitos e limites para cobrança. 2.1. Código Tributário Nacional (arts. 81 e 82) x Decreto-lei n.º 195/1967 (art. 5.º). 2.1.1. É possível aferir o impacto da valorização dos imóveis afetados antes de iniciar a obra?. 2.1.2. É juridicamente possível a publicação do edital após a realização da obra?. 3. Considerações Finais. 4. Referências bibliográficas.

1. Introdução

De forma direta e clara, o professor Geraldo Ataliba, em sua obra “Hipótese de Incidência Tributária” (2016, p. 23) afirma que “o objeto da relação tributária é o comportamento consistente em levar dinheiro aos cofres públicos”.

A afirmação, simples e exata, traz à baila uma das mais relevantes facetas da estrutura de um Estado (em sentido amplo): a obtenção de recursos. Toda e qualquer estrutura estatal necessita assegurar tanto a sustentação de sua estrutura, como a prestação de serviços públicos, e isso se dá por meio dos tributos.

O Código Tributário Nacional (doravante CTN), materializado pela Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966, relaciona, em seu art. 5.º, que são considerados tributos os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria.

Pode-se verificar, a partir da leitura do diploma tributarista que cada uma delas possui suas características próprias, permitindo ao Estado garantir o funcionamento de sua “máquina” administrativa e a prestação de serviços públicos à sociedade.

Na mesma esteira, a Constituição da República de 1988 também arrola, em seu art. 145, inciso III, as contribuições de melhoria, mas com uma importante adição, a saber, “que sua cobrança decorre de obras públicas”, sendo este o ponto de partida deste trabalho.

Ocorre que a contribuição de melhoria não nasceu com o advento na Carta da República de 1988. Na realidade, foi instituída no país por meio da Constituição de 1934, precisamente em seu art. 124, passando a constar, posteriormente, do Código Tributário Nacional de 1966.

Na lição de Hugo de Brito Machado Segundo, “a contribuição de melhoria é uma espécie tributária que se identifica por possuir, como fato gerador, a valorização imobiliária decorrente de uma obra pública” (2018, p. 313). Em outros termos, a contribuição de melhoria objetiva fazer frente aos custos de obras públicas que produzam “valorização imobiliária” (art. 81, do CTN).

Depreende-se, portanto, que num primeiro momento dois requisitos são exigidos para que o Estado possa exigir a contribuição de melhoria: (a) uma obra pública, e (b) a valorização do imóvel do contribuinte. Não por menos que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que “a contribuição de melhoria tem como fato gerador a valorização do imóvel que lhe acarreta real benefício, não servindo como base de cálculo, tão só o custo da obra pública realizada (REsp 280.248/SP, *DJ* de 28/10/2002, p. 267)”.

Igualmente o Supremo Tribunal Federal (STF), após se debruçar sobre o assunto, decidiu, em sede de Recurso Extraordinário (RE 116.147/SP):

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Constitucional. Tributário. Contribuição de melhoria. Art. 18, II, CF/67, com a redação dada pela EC n. 23/83. Não obstante alterada a redação do inciso II do art. 18 pela Emenda Constitucional n. 23/83, a valorização imobiliária decorrente de obra pública - requisito ínsito a contribuição de melhoria - persiste como fato gerador dessa espécie tributária. RE conhecido e provido.

(STF - RE: 116147 SP, Relator: Min. CÉLIO BORJA, Data de Julgamento: 29/10/1991, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 08-05-1992 PP-06268 EMENT VOL-01660-03 PP-00550 RTJ VOL-00138-02 PP-00614)

Resta claro, que o objetivo visa não apenas fazer frente ao custo de obras públicas, mas evitar que ocorra o enriquecimento sem causa dos favorecidos pela benfeitoria (ALEXANDRE, 2017, p. 78).

Feitas essas considerações, faz-se necessário avançar na exposição fazendo considerações sobre questões legislativas afetas à contribuição de melhoria.

2. Contribuição de melhoria: requisitos e limites para cobrança

Conforme já explanado, a contribuição de melhoria, enquanto tributo vinculado (pois decorre de uma contrapartida estatal de natureza específica – a obra

pública) tem como requisitos primários a existência de uma obra pública e a necessária valorização do imóvel do contribuinte. Todavia, não é tão simples para o Estado exercer o *munus* de cobrar o tributo em discussão. O CTN, no art. 82, lista os requisitos que devem ser observados quando da instituição da contribuição de melhoria:

Art. 82. A lei relativa à contribuição de melhoria observará os seguintes requisitos mínimos:

I - publicação prévia dos seguintes elementos:

- a) memorial descritivo do projeto;
- b) orçamento do custo da obra;
- c) determinação da parcela do custo da obra a ser financiada pela contribuição;
- d) delimitação da zona beneficiada;
- e) determinação do fator de absorção do benefício da valorização para toda a zona ou para cada uma das áreas diferenciadas, nela contidas;

II - fixação de prazo não inferior a 30 (trinta) dias, para impugnação pelos interessados, de qualquer dos elementos referidos no inciso anterior;

III - regulamentação do processo administrativo de instrução e julgamento da impugnação a que se refere o inciso anterior, sem prejuízo da sua apreciação judicial.

§ 1º A contribuição relativa a cada imóvel será determinada pelo rateio da parcela do custo da obra a que se refere a alínea c, do inciso I, pelos imóveis situados na zona beneficiada em função dos respectivos fatores individuais de valorização.

§ 2º Por ocasião do respectivo lançamento, cada contribuinte deverá ser notificado do montante da contribuição, da forma e dos prazos de seu pagamento e dos elementos que integram o respectivo cálculo.

Da leitura do rol de requisitos, pode-se extrair tanto o prestígio à publicidade (inciso I), que possibilita ao contribuinte saber com clareza a razão e o alcance do que lhe será cobrado, como assegura o contraditório (incisos II e III), permitindo que sejam questionados quaisquer dos elementos listados no texto legal.

Estabelecidos os requisitos, não se pode olvidar os limites da cobrança, pois em que pese o dever legal de pagar tributos, o Estado deve respeitar o princípio da **capacidade contributiva**, que tem espeque na Carta da República, especificamente no art. 145, § 1.º

Desta feita, o art. 81 do Código Tributário Nacional estabelece que a contribuição de melhoria terá “como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado”.

Ressalte-se, também, que os requisitos para a cobrança da contribuição de melhoria não se esvaziam com a obra e com o edital (e seus elementos), mas exige, em prestígio ao **princípio da legalidade tributária**, que haja lei prévia instituindo o tributo (art. 3º, CTN).

Na perspectiva do que se pretende expor, o grande questionamento deste trabalho é o inciso I, do art. 82, que fala em “publicação prévia”, sem definir que instrumento será publicado, sendo que deste deverão constar os “elementos” relacionados das alíneas “a” a “e”, bem como não explica se essa publicação é prévia à obra ou à cobrança, motivos que justifica o tópico seguinte.

2.1. Código Tributário Nacional (arts. 81 e 82) x Decreto-lei n.º 195/1967 (art. 5.º)

Inobstante o Código Tributário Nacional (lei geral sobre tributação) fazer referência, no *caput* do art. 82, aos elementos que deverão constar da publicação que ensejará a cobrança da Contribuição de Melhoria, termina por não especificar que instrumento será utilizado para materializar essa divulgação.

Com efeito, o Decreto-lei nº 195, de 24 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a cobrança da Contribuição de Melhoria, tem papel fundamental para esclarecer a omissão do CTN. E vai além. Segundo a 2.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, especificamente no REsp 89.791/SP, o art. 82 do CTN foi revogado em favor do art. 5.º do referido Decreto-lei.

TRIBUTARIO. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. EDITAL. O ARTIGO 82 DA LEI 5.172 DE 1966, FOI REVOGADO PELO

ARTIGO 5 DO DECRETO-LEI NUM. 195, DE 1967, PORQUE A EPOCA AS NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTARIO AINDA NÃO TINHAM O STATUS OU A FORÇA DE LEI COMPLEMENTAR (EMENDA CONSTITUCIONAL 1/1969, ART. 18, PAR. 1); NO NOVO REGIME, O EDITAL QUE ANTECEDE A COBRANÇA DA CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA PODE SER PUBLICADO DEPOIS DA REALIZAÇÃO DA OBRA PUBLICA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

(STJ - REsp: 89.791/SP, Relator: Min. ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 2/6/1998, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 29-6-1998 p. 139)

Já o art. 5.º do instrumento normativo que regulamentou a contribuição de melhoria, traz a seguinte redação:

Art 5º Para cobrança da Contribuição de Melhoria, a Administração competente deverá publicar o Edital, contendo, entre outros, os seguintes elementos:

I - Delimitação das áreas direta e indiretamente beneficiadas e a relação dos imóveis nelas compreendidos;

II - memorial descritivo do projeto;

III - orçamento total ou parcial do custo das obras;

IV - determinação da parcela do custo das obras a ser ressarcida pela contribuição, com o correspondente plano de rateio entre os imóveis beneficiados.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, também, aos casos de cobrança da Contribuição de Melhoria por obras públicas em execução, constantes de projetos ainda não concluídos.

Logo no *caput* do art. 5.º já se tem esclarecimento: a publicação dos elementos relacionados no CTN e também do referido Decreto-lei, dar-se-á por meio de **edital**, que virá acompanhado das demais exigências legais, quais sejam, memorial descritivo do projeto, orçamento total ou parcial do custo das obras,

determinação da parcela do custo das obras a ser ressarcida pela contribuição, com o correspondente plano de rateio entre os imóveis beneficiados.

Esclarecido esse ponto, resta adentrar na real discussão que este trabalho propõe: qual o momento para publicar o Edital?

Por óbvio, não se discute que deve ser uma publicação prévia, que antecederá à cobrança e, desta feita, fornecerá ao contribuinte os elementos necessários para que não só entenda a justificativa da Administração Pública, como seja munido dos elementos que compõem o tributo.

Feita essa colocação, e sendo indiscutível que o edital deve ser prévio, um novo questionamento deve ser trazido à baila: o edital antecederá ao início da obra ou antecederá à cobrança da espécie tributária em discussão?

A pergunta levantada é de notável importância, pois a depender da resposta, novos desdobramentos trarão novas indagações. Por exemplo, se a publicação anteceder a obra, conseqüentemente a perquirição será no sentido de saber se é possível aferir o impacto da valorização dos imóveis afetados no momento em que a obra é apenas um projeto. Seria possível afirmar que nesse momento o Poder Público possui elementos suficientemente hábeis para permitir o correto cálculo do tributo a ser exigido?

Noutro giro, se o edital, embora exista projeto, orçamento e custos definidos, for lançado após a obra, embora se possa aferir o valor a ser exigido, estar-se-ia violando texto legal?

Para melhor esclarecer, optou-se por responder as perguntas levantadas uma a uma.

2.1.1. É possível aferir o impacto da valorização dos imóveis afetados antes de iniciar a obra?

Conforme dito anteriormente, o fato gerador que enseja a cobrança da contribuição de melhoria é a valorização imobiliária auferida pelo contribuinte, não o valor total da obra.

Em que pese a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei das Licitações) fazer previsão, em seu art. 7.º, § 2.º, inciso II, que as obras e serviços só poderão ser licitadas “quando existir **orçamento detalhado** em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários”, resta claro que **é possível**, após o

processo licitatório, **publicar o Edital previsto no art. 5.º do Decreto-lei nº 195**, de 24 de fevereiro de 1967.

Destarte, para responder à pergunta suscitada, buscar-se-á socorro no CTN e na Constituição de 1988.

Diz o art. 81 do CTN:

Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado. (grifei)

Noutro giro, reza a Constituição Federal de 1988, no inciso III, do art. 145

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas. (grifei)

Percebe-se que tanto na norma geral, como na constitucional, sobreleva-se o verbo “decorrer”, sinônimo de consequência.

Portanto, conquanto a publicação do edital possa preceder a obra, a valorização, pela interpretação gramatical utilizada, seria decorrente, isto é, posterior à obra, ou ainda, após a conclusão parcial de etapa da qual já se possa verificar o benefício auferido pelos imóveis circunvizinhos (art. 9.º, do Decreto-lei nº 195).

Feitas essas considerações, resta, por fim, responder à perquirição aventada transcrevendo o aludido art. 9.º do Decreto-Lei n.º 195/1967:

Art 9º Executada a obra de melhoramento na sua totalidade ou em parte suficiente para beneficiar determinados imóveis, de modo a justificar o início da cobrança da Contribuição de Melhoria, proceder-se-á ao lançamento referente a êsses (sic)

imóveis depois de publicado o respectivo demonstrativo de custos. (grifei)

Pelo texto do art. 9.º, somado aos argumentos trazidos, resta incontroverso que só é possível aferir o montante da valorização **após a execução da obra**, conclusão esta que, embora responda à indagação feita acerca da possibilidade de publicação do edital antes de iniciar a obra, não esclarece se é possível a sua publicação após a obra, sem que aja violação normativa.

Passa-se portanto, ao tópico seguinte.

2.1.2. É juridicamente possível a publicação do edital após a realização da obra?

Sabendo-se que o fato gerador para a cobrança da contribuição de melhoria é a valorização imobiliária, isto é, o benefício auferido pelo contribuinte em razão da obra (e não a obra em si), coube ao Supremo Tribunal Federal elucidar a questão trazida à discussão, qual seja, se é juridicamente possível a publicação do edital após a realização da obra:

CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. SENTENÇA ANTECIPADA. VETO REGIMENTAL (ART-325, VIII, DO R.I.-S.T.F.). OFENSA AO ART-18, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL QUANTO A APLICAÇÃO DO ART-5. DO DECRETO-LEI N. 195/67. PREVALÊNCIA DA TESE DE QUE A PUBLICAÇÃO PRÉVIA DO EDITAL PREVISTO NO MENCIONADO DISPOSITIVO É NECESSÁRIA PARA A COBRANÇA DA CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA E NÃO PARA A REALIZAÇÃO DA OBRA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

(STF – RE 98.408 PR, Relator: Min. Soares Munhoz, Data do Julgamento: 19/04/1983, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 20/05/1983, PP 07058, EMENT VOL 0129502, PP 00545, RTJ VOL 105-03, p. 1281)

Note-se que a Suprema Corte deixa claro que a publicação prévia do edital (com seus citados elementos) é indispensável para garantir a exação, e que **esta publicação deve ser anterior à cobrança do tributo, não havendo óbice em ser posterior à obra**. De modo idêntico o STF se posicionou no RE 107.500/PR:

CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. A PUBLICAÇÃO DO EDITAL A QUE ALUDEM O ART. 82 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL E O ART. 5.º DO DECRETO-LEI N.º 195- 67 DEVE SER PRÉVIA EM RELAÇÃO À COBRANÇA, MAS PODE SER POSTERIOR À REALIZAÇÃO DA OBRA. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL: RE 98.408 (RTJ 105/1281).

RECURSO CONHECIDO PELA LETRA D E PROVIDO PARA RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU.

(STF – RE 107.500 PR, Relator: Min. Octavio Gallotti, Data do Julgamento: 21/3/1986, Primeira Turma, Publicação: agosto de 1986, RTJ 117, Vol. 2, p.861)

Inobstante a ementa colacionada, diante da profundidade da ponderação do Ministro Octavio Gallotti, relator da matéria, imprescindível é trazer a ponderação feita em seu voto condutor, pois não só esclarece o marco temporal de publicação do edital, mas explica o objetivo de sua existência (RTJ 117-2, 1986, p.863):

“No precedente do Supremo Tribunal Federal, assinala-se, com inteiro acerto, que ‘vigente a lei tributária e ocorrido na sua vigência o fato gerador consistente na mais valia decorrente da obra pública, o procedimento para que se possa lançar, de futuro, o *quantum* exigível da contribuição, não exclui a exigência do tributo pelo fato de ser posterior ao término da obra. Afinal, o fim visado pelo procedimento pode ser alcançado mesmo que se inicie, ele, depois de finda a obra (RTJ 85/587)’. (RTJ 105/1284)

Procede, como de costume, a observação do mestre. O escopo do edital não é o de ensejar a impugnação da feitura da obra, mas o de possibilitar a contestação da existência de incremento trazido ao valor do imóvel adjacente, e esse objetivo pode surtir efeito com a divulgação anterior à cobrança, mesmo posterior à conclusão da obra.” (grifei)

Razoável a conclusão externada pelo relator, no sentido de que a publicação do edital não tem por escopo a impugnação da obra, mas o questionamento dos valores cobrados a título de contribuição de melhoria.

E o entendimento não poderia ser outro, afinal, como já explicado anteriormente, se o fato gerador que autoriza a cobrança da contribuição de melhoria é a valorização do imóvel, nada impede que o edital seja lançado após a obra, mormente pelo fato de que não há prejuízo ao contribuinte quanto ao seu direito de contestar o valor da cobrança.

Conclui-se, portanto, não haver violação jurídica na publicação do edital posteriormente à realização de obra que cause valorização dos imóveis circunvizinhos.

3. Considerações Finais

A contribuição de melhoria, espécie tributária dotada de características bem particulares, que permitem ao contribuinte impugnar e discutir e impugnar o valor da exação a partir de um acesso prévio ao edital, trouxe relevantes discussões relativas ao momento em que se deve aferir a valorização imobiliária decorrente de obra pública.

De fato, a ideia de que a publicação do edital contendo elementos da obra são informações imprescindíveis para a configuração exata do fato gerador. Contudo, houve questionamentos em sede judicial debatendo a juridicidade de que o edital seja publicado antes da obra.

Com o devido acerto, ficou claro, a partir de provimentos do Supremo Tribunal Federal, que o objetivo do edital não é o de impugnar a obra, mas o benefício auferido pelo contribuinte, produzindo o fato gerador que enseja a cobrança da contribuição de melhoria. Esclareceu a Suprema Corte, em sede de Recurso Extraordinário, que este direito não sofre prejuízo algum se a divulgação editalícia se der no espaço de tempo específico posterior à obra e anterior à cobrança.

Feitas essas considerações, conclui-se que não existe óbice legal ou jurisprudencial para que a publicação do edital se dê após a obra, ou após a conclusão de etapas desta, haja vista a garantia de que o contribuinte terá os dados suficientemente hábeis para eventual impugnação, caso discorde do valor da exação.

4. Referências

4.1. Legislação:

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Assembleia Nacional Constituinte. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 16/7/1934.

BRASIL. **Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. Diário Oficial da União, Brasília, 27/10/1966.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 195, de 24 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a cobrança da Contribuição de Melhoria. Diário Oficial da União, Brasília, 25/2/1967.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Assembleia Nacional Constituinte. Diário Oficial da União, Brasília, 5/10/1988.

BRASIL. **Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 22/6/1993.

4.2. Obras jurídicas:

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**, 11.^a ed. rev., atual. e ampl.. Salvador: Ed. JusPodivum, 2017.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**, 6.^a ed., 16.^a tir.. São Paulo: Malheiros, 2016.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de Direito Tributário**, 10.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

4.3. Jurisprudência:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 98.408/PR**. Recorrente: Prefeitura Municipal de Foz do Iguaçu, Recorrido: Irmãos Keller LTDA. Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 105-03, p.1281. Brasília: STF, 1983

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 107.500/PR**. Recorrente: Prefeitura Municipal de Cascavel, Recorrido: Abrão Dekker. Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 117-02, p.861. Brasília: STF, 1986.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 116.147/SP**. Recorrente: Maria Aparecida Rodrigues, Recorrido: Prefeitura Municipal da Estância Turística de Embú, 29/10/1991. DJ 8/5/1992.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial (REsp) n.º 89.791/SP**. Recorrente: Antônio Maria Denofrio, Recorrido: Município de Araras, 2/6/1998. DJ 29/6/1998, p.139.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial (REsp) n.º 280.248/SP**. Recorrente: Maria Lúcia de Souza, Recorrido: Município de Bebedouro, 7/5/2002. DJ 28/10/2002, p.267.

CORTES SUPREMAS: PROCESSO DE SELEÇÃO E INGRESSO

JOANA NOGUEIRA BEZERRA:

Advogada, Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

RESUMO: O artigo tem como objetivo identificar e mapear as formas de seleção dos membros das Cortes Supremas de alguns países das Américas e da Europa. Busca, também, identificar os requisitos e os procedimentos para a seleção dos juízes que compõem os mesmos tribunais máximos e elaborar uma tabela comparativa com as características básicas do modelo adotado em cada um desses países.

PALAVRAS-CHAVE: Corte Constitucional. Tribunais Constitucionais. Seleção. Ingresso.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA. 3. AS CORTES CONSTITUCIONAIS DA AMÉRICA LATINA. 4. A CORTE CONSTITUCIONAL AMERICANA. 5. AS CORTES CONSTITUCIONAIS EUROPÉIAS. 6. CONCLUSÃO. 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Comumente tem-se a ideia de que as cortes constitucionais carecem de legitimidade pelo fato de seus membros não serem eleitos diretamente pelo povo, visto que se costuma fazer uma identificação da democracia com o processo eletivo. O problema é que as votações levam a consagração dos interesses da maioria, atingindo o pressuposto constitucional de igualdade inclusiva dos grupos minoritários.

Daí surge a necessidade da criação de um órgão que atente para defesa de todos os cidadãos, defendendo-se, então, a pluralidade da sociedade, de forma que se possa atender a todos os grupos que a compõem.

Esse órgão aparece como as Cortes ou Tribunais Constitucionais que representam um importante instrumento para a consolidação do Estado Democrático de Direito a partir da regulamentação e controle dos atos do Estado e das pessoas para que respeitem e se adequem à Constituição, lei máxima desse Estado. Segundo Alexandre de Moraes (2000, p.23), "o controle exercido pelos Tribunais Constitucionais, longe de configurar um desrespeito a vontade popular emanada por órgãos eleitos, seja no Executivo seja no Legislativo, constitui um

delicado sistema de complementaridade entre a Democracia e o Estado de Direito, que, para manter-se balanceado, deve possuir claras e precisas regras sobre sua composição, competências e poderes”.

A partir dessa pesquisa, procura-se elaborar um perfil sobre cada tribunal e seus membros, para que dessa forma se possa entender melhor seu funcionamento e compreender suas decisões e o impacto delas em cada país.

2. A CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Primeiramente, torna-se importante compreender como funciona a Corte Constitucional brasileira para depois entendermos os demais tribunais dos diversos países.

O Supremo Tribunal Federal (STF), também conhecido como o “guardião” da Constituição brasileira, foi criado em 1890 com a primeira Constituição republicana. Ele exerce a jurisdição constitucional tanto em sentido estrito, como também da Constituição como expressão de valores sociais e políticos. O Brasil adota, segundo José Afonso da Silva, um sistema “misto”, em que é possível o controle concentrado de constitucionalidade e o controle difuso, não sendo, portanto, o STF o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional.

Apresenta, de acordo com o artigo 102 da Constituição Federal (CF), competência originária, isto é, analisará a questão em uma única instância, e recursal, na qual julgará processos advindos de instâncias inferiores através de recursos ordinários ou extraordinários.

Os membros do Pretório Excelso reúnem-se em plenários formados por onze ministros, dividindo-se em duas turmas compostas por cinco membros cada. Seus membros devem ser brasileiros natos (art. 12, § 3º, IV, da CF/88), maiores de 35 anos e menores de 65 anos de idade, devem ter pleno gozo dos direitos políticos, devendo apresentar notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101, caput, CF/88). Eles são nomeados pelo Presidente da República depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 101, § 1º da CF/88). O Presidente e o vice são eleitos pelo Plenário do Tribunal dentre os seus membros e possuem mandato de dois anos, vedada a recondução para período imediato (art. 12 do RISTF), tradicionalmente, porém, escolhe-se por ordem de antiguidade e só ocorre a recondução após todos os integrantes terem exercido o cargo.

3. AS CORTES CONSTITUCIONAIS DA AMÉRICA LATINA

Não muito diferente do modelo brasileiro, o restante da América latina caracteriza-se por um modelo híbrido de controle de constitucionalidade, isto é, apresenta tanto as características do controle difuso e do controle concentrado. Isso se deve a grande diversidade cultural presente nessa região, sendo muito bem definido, nas palavras do Professor Francisco Fernández Segado, como um verdadeiro “laboratório constitucional” em referência às diversas técnicas de controle constitucional (MENDES, 2012).

Por outro lado, suas Cortes Supremas possuem peculiaridades na sua composição que as diferem entre si. Para um estudo mais aprofundado é importante a compreensão individual da seleção e do ingresso nas Cortes Constitucionais de alguns países latino-americanos.

A Corte Constitucional colombiana foi criada pela atual Constituição Política de 7 de julho de 1991. Trata exclusivamente de assuntos de matéria constitucional, sendo responsável pela jurisprudência sobre o alcance das normas constitucionais. De acordo com o art. 232 da Carta supracitada, para ser magistrado da Corte Constitucional são necessários ser colombiano nato, ser cidadão em exercício, não ter sido condenado por sentença judicial com privação de liberdade, exceto por crimes políticos ou culposos e haver desempenhado por quinze anos cargos no sistema judiciário ou no Ministério Público ou ainda haver exercido pelo mesmo período a carreira de advogado ou professor em disciplinas jurídicas em estabelecimentos reconhecidos oficialmente.

Conforme a Lei 270 de 1996, a Corte Constitucional é formada por nove magistrados eleitos pelo Senado da República para o mandato de oito anos a partir de lista apresentada pelo Presidente da República, pela Corte Suprema de Justiça e pelo Conselho de Estado, cada qual indicando três nomes, devendo o Senado escolher um nome por lista. Um importante diferencial do Tribunal colombiano é o fato de que a sua composição deve respeitar o critério de diversidade dos magistrados nas diferentes especialidades do Direito.

A Corte Constitucional argentina, denominada de Corte Suprema de Justiça, junto aos tribunais inferiores da nação, é responsável por decidir sobre todos os casos relacionados a assuntos regidos pela Constituição. É composta, atualmente, por sete ministros nomeados pelo Presidente da República após a aprovação de dois terços dos membros presentes do Senado em sessão pública. Os ministros devem respeitar os seguintes requisitos: ter oito anos de exercício de advocacia, ter as qualidades requeridas para ser senador (art. 111 da Constituição argentina), além de gozar de reputação ilibada.

Uma peculiaridade da Corte Suprema argentina instituída por um Decreto Presidencial de Néstor Kirchner em junho de 2003 é que todos os candidatos a ministros devem passar por uma exposição pública, na qual o Poder Executivo irá apresentá-los a população a partir dos meios de comunicação. Isso apresenta-se como um importante avanço democrático, uma vez que as indicações poderão ser contestadas por ONGs, universidades, organizações de Direitos Humanos e por qualquer cidadão. Após essa exposição pública, o Presidente estará apto para nomear os futuros ministros.

Como última Corte Constitucional da América Latina apresentada pelo presente artigo, tem-se a Corte Suprema de Justiça Paraguai. Ela é composta por nove ministros, que devem ser paraguaios natos, devem possuir a idade maior ou igual a trinta e cinco anos, devem apresentar título universitário em Direito e notória reputação, além de ser necessário o exercício por no mínimo dez anos da carreira de magistratura judicial ou de professor universitário em matérias judiciais. Mediante prévia seleção de candidatos e formulação de listas triplas pelo Conselho da Magistratura, os membros da Corte são designados por um acordo entre o Senado e o Poder Executivo.

4. A CORTE CONSTITUCIONAL AMERICANA

Diferente do restante do continente americano, os Estados Unidos apresentam um sistema de justiça constitucional bastante peculiar. Nesse país não é oferecido um tratamento diferenciado para a jurisdição constitucional, sendo o seu sistema baseado no controle difuso de constitucionalidade, isto é, sua Corte Constitucional não realiza com plenitude a função de guarda dos valores constitucionais.

A Suprema Corte dos Estados Unidos é composta pelo chefe de justiça e mais oito juizes associados, todos possuindo vitaliciedade, que pode ser perdida em casos de demissão, aposentadoria ou processo de impeachment. O Presidente da República nomeia os membros com o conselho e consentimento do Senado. O Comitê Judiciário do Senado realiza audiências e votações sobre a necessidade de a nomeação ir a plenário do próprio Senado. Atualmente, o processo de confirmação pelo Senado tem atraído a atenção da sociedade na tentativa de se evitar que a escolha dos membros se dê pelo alinhamento de suas ideias com a do presidente ou senadores. A Constituição, contudo, ainda não estabelece nenhum requisito de qualificação para os membros.

5. AS CORTES CONSTITUCIONAIS EUROPÉIAS

O modelo europeu contrasta com tudo o que já foi abordado. Na Europa criaram-se as Cortes Constitucionais, que são únicos Tribunais competentes para solucionar conflitos constitucionais, isto é, seu modelo se baseia no critério concentrado de controle de constitucionalidade. Apesar de uma forte tendência a homogeneização, cada país possui seu próprio modelo organizacional de Tribunal Constitucional.

Na Alemanha, a Corte Constitucional foi criada pela Lei de 12 de março de 1951 após a demonstração de que os legisladores não eram capazes de proteger os direitos humanos, como bem mostra o período nazista.

O Tribunal Constitucional Alemão é composto por dezesseis membros, dos quais um é o presidente e outro o vice-presidente, divididos em duas Câmaras com oito membros cada. Três juízes de cada Câmara deverão obrigatoriamente ser juízes federais com três anos de exercício em uma das jurisdições superiores alemãs. Os outros dez membros deverão atender aos seguintes requisitos: possuírem mais de quarenta anos de idade e possuírem os diplomas exigidos para o exercício da magistratura. A metade de seus membros é indicada pela Câmara dos Deputados (Bundestag) e a outra metade pelo Senado (Bundesrat). Cada juiz é escolhido para um mandato de doze anos, não sendo possível a renovação.

Um dos sistemas de justiça constitucional mais apreciados pela opinião pública é o francês. Seu Conselho Constitucional é composto por nove membros que são nomeados, sendo, às vezes, acrescidos pelos membros de direito, que são os antigos Presidentes da República. Dos nove membros, três são nomeados pelo Presidente da República, três pelo Presidente do Senado e os outros três pelo Presidente da Assembleia Nacional para um mandato de nove anos não renovável. O chefe do Conselho é escolhido pelo Presidente da República entre os membros do próprio Tribunal.

A cada três anos, um terço de sua composição é renovada, sendo cada um dos novos membros escolhidos por cada uma das autoridades. Isso permite uma continuidade aos trabalhos, ao mesmo tempo em que possibilita uma diversidade de origens.

A Corte Francesa não apresenta nenhuma exigência de qualidades universitárias ou profissionais, apesar de a maioria de seus membros serem juristas de formação ou de profissão. A Corte também não exige nenhum critério etário.

O Tribunal Constitucional português, apesar das constantes reformas que visam a unificação com o modelo constitucional europeu, ainda subsiste a possibilidade de controle de constitucionalidade por tribunais ordinários.

Sua composição dar-se por treze juizes, dentre os quais dez são escolhidos pela Assembleia da República e os outros três são cooptados por estes para um mandato de seis, havendo a possibilidade de recondução. O presidente é escolhido entre e pelos membros para um período de dois anos.

6. CONCLUSÃO

Através do estudo da composição dos Tribunais Constitucionais, pode-se observar uma enorme heterogeneidade da forma como é exercida a jurisdição constitucional nos mais diversos países. Cada Tribunal apresenta as suas próprias peculiaridades que os diferem uns dos outros, isto é, cada Corte apresenta a sua própria forma estrutural e organizacional baseada na Constituição ou em leis específicas da região.

A diferença destes Conselhos Constitucionais se deve a enorme diversidade cultural e histórica de cada localidade. Não existe, portanto, um padrão a ser seguido, pois cada Tribunal deverá lidar com os problemas de sua sociedade, e por isto não há um modelo superior ao outro.

Estudar o processo de seleção e ingresso dos membros das Cortes Constitucionais nos permite uma melhor compreensão da maneira como as questões constitucionais serão discutidas e solucionadas, visto que serão os próprios magistrados os responsáveis pelas análises destes conflitos.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BCN. Biblioteca Del Congreso Nacional de Chile- BCN. El ciudadano y La ley. Resúmenes de leyes. Modifica La Ley Orgánica Constitucional Del Tribunal Constitucional (TC). Disponível em <http://www.bcn.cl> Acessado em 02 de junho de 2012.

BCN. Biblioteca Del Congreso Nacional de Chile- BCN. Consulta. Constituciones. Constitución de 1980. Disponível em <http://www.bcn.cl> Acessado em 02 de junho de 2012.

FAVOREU, Louis. As Cortes Constitucionais. São Paulo: Landy Editora, 2004.
FREITAS, José Ferreira de. O Supremo Tribunal Federal como Suprema Corte

Constitucional. Revista de Direito Constitucional e Internacional, Sao Paulo, n. , p.156-169, abr. 2000. Trimestral.

MEDEIROS, Morton Luiz Farias de. Jurisdicao Constitucional exercida pelas cortes constitucionais: Sua importancia para a consolidacao do Estados Democrático de Direito. Revista de Informacao Legislativa, Brasília, n. , p.339-349, jul. 2005. Trimestral.

MENDES, Gilmar. Jurisdicao Constitucional no Brasil: o problema da omissao legislativa inconstitucional. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/9574983/Controle-de-Constitucionalidade-Gilmar-Mendes-Clique-aqui>>. Acesso em: 07 jun. 2012.

MORAES, Alexandre de. Jurisdicao Constitucional: breves notas comparativas sobre a estrutura do Supremo Tribunal Federal e a Corte Suprema norte-americana. Revista Ceut, Teresina, n. , p.9-34, 2002. Anual.

Poder Judicial: Republica de Chile sitio oficial. Disponível em <<http://www.poderjudicial.cl>>. Acessado em 02 de Junho de 2012

OS LIMITES DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

PAULO JULIANO ROZO TEIXEIRA:

Bacharel em Direito, Especializado em Direito Penal. Funcionário Público, assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

Resumo: O presente trabalho tem a finalidade de apresentar reflexão sobre o poder diretivo do empregador e suas limitações de ordem legal e principiológica. Nesse sentido, realizou-se pesquisa bibliográfica e análise da legislações e jurisprudência, traçando distinção entre as duas faces do vínculo de trabalho; o poder diretivo do empregador e seu direito a proteção da propriedade privada, bem como dos direitos fundamentais do empregado, sendo esses, expressas limitações para referido poder. Por fim, evidenciada a plena incidência dos direitos fundamentais às relações de trabalho, pode-se extrair os principais parâmetros que, limitando o arbitrário exercício do poder diretivo, garantem aos trabalhadores o resguardo de sua intimidade, privacidade e dignidade.

Palavras-Chave: Direito. Trabalho. Poder. Diretivo. Limites.

Abstract: This work aims to present reflection on the directive power of the employer and its limitations of legal and principled order. In this sense, bibliographic research and analysis of legislation and jurisprudence were carried out, making distinction between the two sides of the work bond; the directive power of the employer and his right to the protection of private property, as well as the fundamental rights of the employee, which are expressed limitations for that power. Finally, with the evidenced full incidence of fundamental rights to working relationships, the main parameters can be drawn that, limiting the arbitrary exercise of the directive power, guarantee workers the protection of their intimacy, privacy and Dignity.

Keywords: Right. Work. Power. Directive. Limits.

Sumário: 1. Introdução. 2. Do contrato de trabalho. 3. Do poder empregatício. 4. Dos Direitos Fundamentais no âmbito das relações trabalhistas. 5. Dos limites do poder diretivo. 5.1. Das restrições fundamentais ao Poder Diretivo. 5.1.1. Direito à dignidade da pessoa humana. 5.1.2. Direito a intimidade. 5.1.3. Direito a privacidade. 6. Conclusão.

1. Introdução

O trabalho diz respeito ao meio de sustento da sociedade de forma geral e constitui, também, o fim de assegurar a todos existência digna. Como fundamentos da República Federativa do Brasil, tem-se, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

Levando-se em conta a economia de mercado e o sistema capitalista, apresenta-se, atualmente, cenário no qual as relações de trabalho e emprego se encontram também voltadas à busca de lucro e bens patrimoniais, gerando enfraquecimento nas relações humanas.

Neste panorama, em que cada um tende a visar exclusivamente seus próprios interesses econômicos, é que o empregador acaba por exceder seu poder diretivo empresarial e, utilizando deste e do direito de propriedade, ofende e viola os direitos de seus funcionários.

Considerando esse contexto, o presente estudo objetiva discorrer acerca dos limites do Poder Diretivo do empregador frente aos direitos fundamentais dos empregados, abordando, assim, um tema atual e relevante no ambiente de trabalho.

Para tanto, o trabalho tem início com a abordagem do contrato de trabalho, perpassando sobre a prerrogativa do poder diretivo conferido ao empregador. Após, discorre sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas, encerrando com abordagem das limitações do poder diretivo, com especial destaque para os princípios fundamentais, perscrutando, ainda, legislação, entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema.

2 Do contrato de trabalho

Para melhor compreensão do tema, imperioso, de início, discorrer sobre contrato de trabalho, âmbito de incidência do poder diretivo.

Segundo Vólia Bomfim, o contrato de trabalho “é o acordo bilateral entre empregado e empregador. Por isto, caracteriza-se em norma pessoal, concreta e específica, criadora de obrigações” (CASSAR, 2015, p. 89).

De forma mais abrangente, Maurício Godinho Delgado entende que a expressão “contrato de trabalho”:

Refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação

de fazer consubstanciada em labor humano. [...] A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor. (DELGADO, 2014, p. 285).

Dispõem os artigos 442 e 443 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que o contrato individual de trabalho seria, justamente, esse acordo, tácito ou expresso, verbal ou escrito, por prazo determinado ou indeterminado, correspondente à relação de emprego (BRASIL, 1943).

Dessa maneira, o contrato de trabalho é o negócio jurídico responsável por determinar as condições de prestação do trabalho, no qual empregado e empregador irão ajustar quais são os direitos e obrigações de cada um, sendo negócio jurídico, o ato jurídico que crie, modifique, conserve ou extingue direitos.

3. Do poder empregatício

No contexto das relações trabalhistas, o artigo 2º da CLT nos remete ao poder de controle empresarial, definindo empregador como “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços” (BRASIL, 1943, grifo nosso).

Nos ensinamentos de Ricardo Resende, o poder empregatício

Decorre do contrato de trabalho, consistindo no conjunto de prerrogativas conferidas ao empregador no sentido da direção da prestação dos serviços. Portanto, o fundamento do poder empregatício é, para a doutrina amplamente majoritária, o próprio contrato de trabalho, consubstanciado em um acordo de vontades que origina a relação empregatícia e, a partir desta, faz surgir direitos e deveres para os contratantes (empregador e empregado). (RESENDE, 2014, p. 308).

Assim, o poder diretivo se apresenta como o poder de comando do empregador, por meio do qual organiza a estrutura de sua empresa e a prestação do serviço, determinando a gestão e direção do negócio.

Segundo Maurício Godinho, o poder empregatício “pode ser conceituado, ainda, como o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços” (DELGADO, 2014, p. 684).

Portanto, de forma mais específica, o poder diretivo empresarial pode ser caracterizado como gênero, do qual fazem parte os poderes regulamentar, fiscalizatório e disciplinar.

No que tange a essas outras dimensões do poder empregatício, assinaladas por Maurício Godinho, tem-se que o poder regulamentar diz respeito ao privilégio do patrão de fixar as regras gerais a serem seguidas na empresa. Ele se consolida por meio de circulares, instruções e regulamentos internos que irão organizar o trabalho, mas devendo respeitar o disposto na CLT.

Quanto ao poder fiscalizatório, pode ser entendido como a prerrogativa do empregador de fiscalizar, acompanhar e vigiar as atividades desenvolvidas pelo empregado. Por meio de controle de horário, de frequência e de portaria, por exemplo, o empregador consegue verificar se as atividades estão sendo prestadas conforme as exigências e o contrato de trabalho.

Tem-se, ainda, o poder disciplinar, que cuida da aplicação de sanções aos empregados quando descumprem suas obrigações contratuais ou realizam infrações trabalhistas.

Nesse sentido, Rúbia Zanotelli cita Mantovani Júnior, que define poder diretivo como aquele que “permite ao empregador comandar e controlar todos os aspectos do desenvolvimento da atividade por ele desenvolvida [...]” (JÚNIOR apud ALVARENGA, 2014, p. 44).

Em relação aos fundamentos dos poderes do empregador, Alice Monteiro de Barros nos ensina que:

Mais consistente é a teoria que fundamenta a existência dos poderes do empregador no contrato de trabalho. Esses poderes são consequência imediata da celebração do ajuste entre empregado e empregador, o qual coloca sob a responsabilidade deste último a organização e a disciplina do trabalho realizado na empresa. (BARROS, 2013, p. 460).

Lado outro, Reginaldo Melhado explica:

Os institucionalistas vislumbram o fundamento dos poderes diretivos do empregador já não mais no contrato, mas agora na própria substancialidade interna da empresa organizada enquanto uma comunidade em que se fundem interesses particular, sociais e estatais. A criação das normas de comportamento obrigatório já não é atribuída ao contrato, senão ao dado objetivo de pertencer a uma empresa. (MELHADO, 2010, p. 59).

4. Dos Direitos Fundamentais no âmbito das relações trabalhistas

São direitos fundamentais aqueles valores mais preciosos para a humanidade, que garantem a proteção do indivíduo frente ao Estado e, positivados na Constituição Federal, integram o âmbito normativo interno do país.

Nesse sentido, Carl Schmitt define: “os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado” (SCHMITT apud BONAVIDES, 2009, p. 561).

Alexandre de Moraes discorre sobre as funções dos direitos fundamentais:

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: constituem, num plano jurídico objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual, e em segundo, implicam, num plano jurídico subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (MORAES, 2013, p. 28).

Alguns estudiosos, a exemplo de Paulo Bonavides, entendem que os direitos fundamentais podem ser de primeira, segunda, terceira, quarta e quinta geração, sendo essa classificação um marco histórico, de acordo com o surgimento de novos direitos com o passar do tempo e a necessidade de cada época.

Os de primeira geração são os direitos da liberdade, ligados a direitos individuais que garantam uma abstenção estatal, enquanto que os direitos da segunda geração são os da igualdade, abrangendo direitos da coletividade como um todo, como resposta ao cenário de um Estado Social, possuidor de inúmeras novas atribuições.

Têm-se, também, a terceira geração de direitos, que se traduz nos direitos relativos à espécie humana de modo geral, tendo, como exemplo, o direito ao meio ambiente, à paz e à autodeterminação dos povos.

Nas palavras de Paulo Bonavides, “é direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro [...]” (BONAVIDES, 2008, p. 571). Por fim, para alguns, existem ainda os direitos de quinta geração, a exemplo do “direito à paz”.

A CR de 1988 foi a primeira, no âmbito nacional, a dar efetivo destaque aos direitos fundamentais e instituir o Estado Democrático de Direito, pautado no princípio da dignidade humana, como bem destaca Fernanda Nigri: “no Estado Democrático de Direito o homem é o centro convergente de direitos. Dessa forma, todos os direitos fundamentais do homem deverão orientar-se pelo valor-fonte da dignidade” (FARIA, 2008, p. 50).

Importante atentar que tais direitos fundamentais também se projetam sobre os vínculos laborais e as relações de trabalho, de forma que, além da proteção patrimonial do patrão, deve ser resguardado o respeito aos direitos do empregado enquanto ser humano.

Assim, tais direitos fundamentais são também direitos humanos, porém, previstos em tratados internacionais.

Conforme nos ensina Fernanda Nigri, “por direitos humanos [...] são entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente” (NIGRI, 2008, p. 51).

Tanto são direitos humanos que a própria Declaração Universal Dos Direitos Humanos de 1948 consagra diversos direitos, como a garantia à vida, dignidade, trabalho, liberdade, dentre outros.

Ademais, no que tange aos direitos humanos, no âmbito de proteção ao trabalho, foi criada, em 1919, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), fórum internacional que buscava, nos dizeres de Rúbia Zanotelli:

[...] incrementar as soluções sobre a cooperação internacional de todos os Estados nas relações de trabalho [...] visar à melhoria das condições de vida dos trabalhadores em geral e à harmonia entre o desenvolvimento econômico e o respeito à dignidade da pessoa humana. (ALVARENGA, 2008, p. 82).

Como dimensão dos direitos humanos do trabalhador, tem-se, ainda, os direitos da personalidade, também oponíveis nas relações de trabalho. Tais direitos possuem o objetivo de assegurar a preservação da integridade física, psíquica e moral do empregado, se voltando à proteção de suas qualidades e tributos.

Nesse sentido:

DANO MORAL. RESTRIÇÃO AO USO DO BANHEIRO. 01. É certo que o empregador detém o poder diretivo, que abrange o poder de fiscalização ou de controle, composto por um conjunto de prerrogativas que autorizam o acompanhamento da prestação laboral no meio ambiente de trabalho. Todavia, tal poder não tem caráter absoluto, não podendo aniquilar os direitos dos empregados, em especial os direitos existenciais que decorrem da dignidade da pessoa, tais como os direitos da personalidade, sob pena de configurar-se abuso de direito. 02. É inconcebível que um ser humano não possa utilizar o banheiro, durante a jornada de trabalho, a seu bel-prazer, conforme suas necessidades. Qualquer condicionante deste aspecto biológico inerente à espécie humana representa agressão psicofísica que, por afrontar a dignidade do trabalhador, causa-lhe dano moral que deve ser compensado. (BRASIL, 2016b, grifo nosso).

5. Dos limites do poder diretivo

Conforme exposto, o empregador possui prerrogativas que concentram em si o poder de dirigir a prestação dos serviços. Contudo, este não é absoluto ou ilimitado e tampouco o empregado deve cumprir toda e qualquer ordem emanada do patrão.

Rúbia Zanotelli afirma que: “o poder diretivo deve desenvolver-se sempre de forma razoável, de modo a não contrariar a boa-fé objetiva, os direitos da personalidade do trabalhador e a dignidade da pessoa humana” (ALVARENGA, 2014, p. 67).

Dessa maneira, o poder de direção do empregador encontra seus limites na própria Constituição da República Federativa do Brasil (CR) de 1988, pois os direitos e princípios fundamentais ali estabelecidos tutelam também essa relação de trabalho, partindo-se da proteção da dignidade humana, da intimidade e da privacidade, direitos que serão mais bem detalhados em um tópico posterior.

Cumpramos ressaltar também a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil, que aborda a discriminação no emprego e na profissão e o art. 170 da CR, que disciplina a ordem econômica e a valorização do trabalho humano como pressupostos para uma existência digna, *in verbis*:

TÍTULO VII DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA
CAPÍTULO I DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...] (BRASIL, 1988).

Nessa perspectiva, continua Rúbia Zanotelli:

A subordinação jurídica do empregado não o sujeita ao poder diretivo ilimitado do empregador, na verdade, este poder encontra limites nos direitos da personalidade que compõem as liberdades públicas salvaguardadas pela Constituição Federal de 1988, que veda ao empregador: discriminar o trabalhador (incs. I e VIII); obrigá-lo a fazer ou a não fazer algo expressamente previsto em lei (inc. II), submetê-lo a tortura e a tratamento desumano ou degradante (inc. III); impedir a manifestação do seu pensamento (inc. IV); violar sua liberdade de consciência e crença (inc. VI); além de sua intimidade, imagem, honra e vida privada (inc. X), entre outras liberdades públicas. (ALVARENGA, 2014, p. 66).

Somado a isso, o poder diretivo do empregado pode sofrer restrições por meio das chamadas heterolimitações, cláusulas impeditivas de abusos, constantes de acordos e convenções coletivas de trabalho, e da legislação trazida pela CLT, que por exemplo, em seu art.483, proíbe excessos:

CAPÍTULO V DA RESCISÃO

Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

1.

1.

- a. forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;
- b. for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
- c. correr perigo manifesto de mal considerável;
- d. não cumprir o empregador as obrigações do contrato;
- e. praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;
- f. o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- g. o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

§ 1º - O empregado poderá suspender a prestação dos serviços ou rescindir o contrato, quando tiver de desempenhar obrigações legais, incompatíveis com a continuação do serviço

[...] (BRASIL, 1943).

Caso essas normas sejam descumpridas pelo empregador, o empregado terá direito a rescindir seu contrato de trabalho, por meio da chamada “rescisão indireta”, conforme dispõe o artigo acima, que poderá ainda, ser cumulada a uma indenização por danos morais, demonstrando mais uma limitação aos poderes do empregador.

Ademais, considerando-se a realidade na qual muitas vezes o empregador se aproveita de seu poder de direção, exercendo-o de forma abusiva, é possível que o empregado não se sujeite a tais condições, colocando em prática seu direito de resistência, ou seja, se recuse a cumprir ordens arbitrárias e ilegais.

Conforme o entendimento de Maurício Godinho: “[...] é válida e juridicamente protegida a resistência obreira a ordens ilícitas perpetradas pelo empregador no contexto empregatício. O chamado direito de resistência é parte integrante do poder empregatício.” (DELGADO, 2014, p. 729).

O direito de resistência também diz respeito a negativa de cumprimento de ordens injustas que possam causar danos à saúde e segurança do trabalhador, a exemplo de realizar determinada atividade sem os devidos equipamentos de proteção individual, levando-se em consideração o princípio da dignidade humana e demais direitos fundamentais.

Portanto, o direito de resistência do empregado surge da indignação e vontade de reagir, podendo chegar a manifestações externas como uma resistência coletiva ou em grupo, já que a união entre os trabalhadores encoraja e fortalece, devendo ser garantida sua efetividade, como condição de efetiva proteção ao emprego.

Este é o entendimento da jurisprudência:

RECURSO ORDINÁRIO. DIREITO DE RESISTÊNCIA DO EMPREGADO. SUSPENSÃO DISCIPLINAR. **O direito de resistência do empregado deriva diretamente do uso irregular do poder diretivo patronal não gerando, assim, falta trabalhista ao obreiro. Restando demonstrado nos autos que foi legítima a recusa do reclamante** em não realizar viagem ao Baixo Purus, por não ter condições de transporte de vacinas, resta nula a suspensão aplicada. Recurso conhecido e improvido. (BRASIL, 2010, grifo nosso).

Também neste contexto se insere a problemática das revistas íntimas realizadas nos trabalhadores. Torna-se evidente, nestes casos, espécie de conflito entre princípios constitucionais, estando, de um lado, o direito à propriedade, e de outro, o direito à intimidade ou à dignidade da pessoa humana.

Apesar da importância de ambos, é respeitável a noção de que o fato de o empregado adentrar a empresa e prestar serviços não lhe retira direitos fundamentais, além de que a dignidade da pessoa humana constitui verdadeiro alicerce do Estado Democrático de Direito, sendo um princípio de maior relevância.

5.1 Das restrições fundamentais ao Poder Diretivo

Conforme anteriormente evidenciado, é plena a incidência dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas. Sob essa ótica, adentraremos em alguns desses direitos fundamentais que, de forma específica, explicitam óbice ao exercício do poder diretivo empregatício.

5.1.1 Direito à dignidade da pessoa humana

Devido à sua relevância, a dignidade da pessoa humana encontra-se disposta logo no primeiro artigo da CR, vez que se constitui como alicerce, orientando todos os demais direitos fundamentais:

Título I

DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Art. 1º – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: [...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...] (BRASIL, 1988).

Conforme exposto, a dignidade da pessoa humana se trata de direito fundamental social, consolidado pela CR de 1988, sendo direito inerente a toda e qualquer pessoa, constando de forma escrita, primeiramente, nas Constituições do México de 1917, da Alemanha de Weimar em 1919, bem como na Carta da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1945 e Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, por exemplo, a dignidade da pessoa humana pode ser evidenciada em alguns artigos, *in verbis*:

I-Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

V- Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

XXIII- Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego

XXXIII.3. Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Afirma José Afonso da Silva que: “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do Homem, desde o direito à vida” (SILVA, 2013, p. 117).

Desta forma, a dignidade da pessoa humana, fundamento central da Constituição de 1988, também se aplica às relações laborais, devendo ser o suporte de qualquer trabalho ou emprego, garantindo que seja prestado mediante condições dignas e decentes.

Como dito anteriormente, a Constituição de 1988 foi a primeira a trazer o princípio da dignidade humana como um fundamento da República e do Estado Democrático de Direito e, em seu art. 170, como um fim da ordem econômica, vez que aborda a valorização do trabalho humano como meio de se assegurar a todos uma existência digna.

Desta forma, o ilustre Maurício Godinho, quanto à CR de 1988, nos ensina que:

[...] a Magna Carta, de forma sábia, percebeu que a valorização do trabalho é um importante veículo de

valorização do próprio ser humano, tendo em vista que é pelo trabalho que uma soma de indivíduos se mantém e se afirma na desigual sociedade capitalista. (DELGADO, 2004, p. 32).

Intuitiva, ademais, a relação da dignidade humana com o âmbito das relações de trabalho, vez que este fundamental direito fica suscetível a violações, ante a submissão ao empregador que, abusando de suas prerrogativas, muitas vezes promove violações, deixando de propiciar um ambiente de trabalho adequado, higiênico, saudável e seguro

Nos dizeres de Raimundo Simão de Melo, constituem esse meio ambiente do trabalho, “os instrumentos manuseados pelo trabalhador, a execução de tarefas, o tratamento que é destinado ao empregado pelo empregador ou até mesmo pelos colegas de trabalho” (MELO, 2004, p. 29).

Dessa maneira, essa proteção constitucional deve ser utilizada visando a eliminar toda e qualquer conduta que possa ferir a dignidade do trabalhador, uma vez que esta deve ser preservada também no desenvolvimento de atividades laborativas, pois, antes de ser trabalhador, é também uma pessoa.

Conforme Rúbia Zanotelli de Alvarenga:

Cabe ao empregador a obrigação de prover o trabalho adequadamente e possibilitar a execução dos serviços de forma harmoniosa, respeitando, sempre, a integridade física, psíquica, moral, e intelectual do trabalhador. Esta constitui a razão de destaque quando se trata da valorização do trabalho e da preservação da dignidade do trabalhador, visto que são eles que revelam os atributos inerentes e indissociáveis da pessoa humana. (ALVARENGA, 2014, p. 101).

E continua ressaltando que a cristalização do princípio da dignidade humana, no Direito do Trabalho, “consiste em assegurar condições existenciais mínimas a uma vida plenamente saudável” (ALVARENGA, 2014, p. 101).

Assim, deve ser assegurado a todos um local de trabalho isento de qualquer humilhação ou desrespeito, no qual sejam designadas tarefas do nível da qualificação profissional de cada um, além das necessárias condições protetivas capazes de impedir acidentes de trabalho e doenças que provoquem danos à pessoa do empregado.

Nesse sentido:

TRT-PR-15-05-2012 VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA CONFIGURADA. DANO MORAL DEVIDO. Na hipótese dos autos, é inconteste o não fornecimento de banheiro, água potável e abrigo para se proteger das intempéries climáticas alheias ao trabalho do Autor. O trabalho tem por finalidade, essencialmente, conferir dignidade ao ser humano, traduzindo-se em uma das formas de exteriorização da cidadania, não se podendo considerá-lo apenas em seu aspecto econômico. **Inegável que a Ré relegou as condições de trabalho do Reclamante a segundo plano, ao deixar de oferecer condições mínimas e dignas de higiene e saúde, atingindo-o como pessoa e trabalhador.** Esse fato autoriza a indenização por danos morais ao empregado. **Não observou os princípios fundamentais estabelecidos na Carta Magna, mormente a prevalência da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho** (inciso III e IV do art. 1º), sem olvidar o enaltecimento dos direitos humanos (inciso II do art. 4º). **Não se tem o labor externo como caracterização do ato ilícito, mas o não fornecimento de meios para o Autor atender suas necessidades básicas.** Recurso da Reclamada a que se nega provimento, no particular (BRASIL, 2012, grifo nosso)

5.1.2 Direito a intimidade

A Constituição de 1988 estabeleceu, em seu artigo 5º, o seguinte:

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

O direito à intimidade, supramencionado, também é garantido constitucionalmente e pode ser entendido como um direito da personalidade, que diz respeito à garantia que todas as pessoas têm de que seus pensamentos, sentimentos, bem como outros aspectos íntimos, não sejam revelados ou cheguem ao conhecimento de terceiros.

No mesmo sentido, Nilson Nascimento sustenta que o direito à intimidade “consiste na prerrogativa que tem a pessoa de estar só e de evitar que pessoas estranhas se intrometam em sua vida ou tenham acesso sobre fatos e coisas de seu foro íntimo e privado” (NASCIMENTO, 2009, p. 87).

O direito à intimidade garante ao empregado, assim como a qualquer pessoa, sua liberdade de opção sexual, religiosa, política, liberdade de pensamento, desejos e preferências, ou de forma equivalente, o direito de preservar e guardar segredo em relação a isso.

Nos dizeres de Manoel Jorge e Silva Neto, “o direito à intimidade expressa a esfera recôndita do indivíduo. A intimidade, corresponde, assim, ao conjunto de informações, hábitos, vícios e segredos pertencentes ao seu titular” (SILVA NETO, 2005, p. 57).

E ainda, ensina Barbosa Júnior que a intimidade “integra a esfera íntima do indivíduo, sendo o repositório dos segredos e das particularidades, cuja mínima publicidade poderá constranger” (BARBOSA JÚNIOR, 2008, p. 60).

Dessa forma, no âmbito da relação de trabalho, garante-se que o empregador não intrometa ou intervenha na vida ou nas escolhas do empregado, não sendo ele obrigado a dar satisfações ou responder perguntas que digam respeito a seu foro íntimo.

5.1.3 Direito à privacidade

O direito à privacidade também se encontra protegido pela Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso X:

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

E também na Declaração Universal dos Direitos Humanos:

XII- Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na de sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Dispõe, ainda, o art. 21 do CC que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma” (BRASIL, 2002).

A privacidade compreende, por exemplo, os acontecimentos na vida do trabalhador, enquanto ser humano, bem como seus relacionamentos com familiares e amigos, constituindo informações que também se deseja excluir do conhecimento público.

Segundo Nilson Nascimento, o direito à vida privada “é o conjunto de atributos que cada pessoa elege para fazer parte de sua vida privada e mantê-la a salvo de intromissões indesejadas de estranhos” (NASCIMENTO, 2009, p. 290).

Arion Sayão Romita ensina que:

A esfera da vida privada sobrepõe-se à da intimidade, porque possui raio maior que ela. Por privacidade, deve-se entender a faculdade assegurada ao empregado de excluir o empregador do acesso a informações e de impedir a divulgação de informações capazes de afetar sua sensibilidade. (ROMITA, 2009, p. 89).

Assim, tendo em vista a proximidade da intimidade com a privacidade, Leda Silva as distingue, esclarecendo que o direito à intimidade “abrange fatos da vida pessoal do indivíduo que até mesmo sua própria família pode desconhecer, como, por exemplo, suas preferências sexuais, hábitos, vícios, dentre outros” (SILVA LEDA, 2005, p. 123).

E continua, em relação à privacidade: “enquanto o que diz respeito à vida privada já abrange suas relações familiares e com terceiros, como interferir em empréstimos feitos junto aos seus familiares ou obter informações sobre o saldo bancário do empregado” (SILVA LEDA, 2005, p. 123).

De forma semelhante, Maria Helena Diniz também faz a distinção:

A privacidade não se confunde com a intimidade, mas esta pode incluir-se naquela, por integrarem ambas o direito à vida privada. Por isso, as tratamos de modo diverso, apesar de a privacidade voltar-se a aspectos externos da existência humana- como recolhimento em sua residência sem ser molestado, escolha do modo de viver, hábitos, comunicação via epistolar ou telefônica etc - e a intimidade dizer respeito a aspectos internos do viver da pessoa, como segredo pessoal, relacionamento amoroso, situação de pudor, diário íntimo, respeito à enfermidade ou à dor pela perda da pessoa querida. (DINIZ, 2005, p. 47).

Portanto, nas relações de trabalho, o empregador não pode questionar ou intrometer-se nos laços de amizade e de relacionamentos do empregado, cabendo somente a este decidir sobre sua vida pessoal

5. Conclusão

Ao longo da elaboração do presente trabalho foi analisado o exercício do poder diretivo conferido ao empregador e suas limitações para que, de forma

legítima, possa ser empregado sem violação à normas legais e aos direitos fundamentais.

O tema é alvo de diversas discussões e posicionamentos, até mesmo porque envolve uma questão de ordem constitucional, com dimensão mundial, de legislações e que pode impactar a vida de milhares de pessoas.

Por tais razões, o presente estudo não almeja esgotar o debate sobre o tema, mas justamente contribuir com a discussão, gerando novas reflexões sobre a questão que tanto afeta o cotidiano dos trabalhadores e dos operadores do Direito.

Tendo em vista, principalmente, o princípio da dignidade humana, em que pese se encontrar o trabalhador subordinado ao patrão, detentor da prerrogativa do poder diretivo, que lhe permite organizar a estrutura de sua empresa e a prestação do serviço, este poder não é ilimitado, tampouco absoluto.

A Constituição de 1988, já no artigo primeiro, assegura constituir o país em Estado Democrático de Direito, Estado esse que possui como vértice axiológico a dignidade da pessoa humana, bem como a ascendência dos direitos fundamentais, que também se aplicam nas relações de trabalho, servindo como limitação ao poder supramencionado.

Em qualquer hipótese, a realização do trabalho não deve se dar somente como fonte produtiva e enriquecimento do empregador, mas também como valorização e subsistência daquele que o presta, assegurando sua existência digna.

Conclui-se, portanto, que a tentativa de compatibilização harmônica entre os interesses econômicos e bens materiais do patrão, com o respeito aos direitos dos empregados, sua dignidade e intimidade, soluciona-se com a observância das restrições vigentes e, principalmente, com o resguardo dos direitos e garantias fundamentais que, principalmente considerando a relação diagonal de desequilíbrio, tem ainda maior incidência no âmbito do direito juslaboral.

5. Referências

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Direitos da Personalidade do Trabalhador e Poder Empregatício. São Paulo: LTr, 2014.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O Direito do Trabalho como dimensão dos direitos humanos, 2008. 242 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação Stricto

Sensu em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

BARBOSA JÚNIOR, Floriano. Direito à intimidade: direito fundamental e humano na relação de emprego. São Paulo: LTr, 2008.

BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, 11 Jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 Fev. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 05 Out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 Fev. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho.

Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 09 Ago. 1943. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 27 Fev. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (14. Região). Processo - RO 0000270. Relator: Elana Cardoso Lopes – Primeira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, n. 0161, Porto Velho, 03 Set. 2010. Disponível em: <[http://trt-14.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18915840/recurso-](http://trt-14.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18915840/recurso-ordinario-trabalhista-ro-270-ro-0000270/inteiro-teor-104194768)

[ordinario-trabalhista-ro-270-ro-0000270/inteiro-teor-104194768](http://trt-14.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18915840/recurso-ordinario-trabalhista-ro-270-ro-0000270/inteiro-teor-104194768)>. Acesso em: 27 Fev. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (5. Região). Processo - RO 00005357120115050003. Relator: Marcos Gurgel. Salvador, 22 Maio 2013. Disponível em: <<http://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/165980141/recurso-ordinario-record-5357120115050003-ba-0000535-7120115050003>>. Acesso em: 27 Fev. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (1. Região). Processo - RO 00100707220155010301. Relator: Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva – Sétima Turma, Rio de Janeiro, 31 Mar. 2016b. Disponível em: <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322854162/recurso-ordinario-ro-100707220155010301-rj>>. Acesso em: 27 Fev. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (9. Região). Processo n. 54232010664905. Relator: Ubirajara Carlos Mendes – Sétima Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Curitiba, 15 Maio 2012. Disponível em: <<http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21608877/54232010664905-pr-5423-2010-664-9-0-5-trt-9>>. Acesso em: 27 Fev. 2020.

CASSAR, Vóila Bomfim. Direito do Trabalho. 11. ed. São Paulo: Método, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do trabalho. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DINIZ, Maria Helena. Teoria Geral do Direito Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. ESTADO DE SÃO PAULO. Lei n. 7.451, de 19 de julho de 1991. Cria cargos no Quadro do Tribunal de Justiça. Diário Oficial do Estado, São Paulo, 19 Jul. 1991. Disponível em: <<http://dobuscadireta.imprensaoficial.com.br/default.aspx?DataPublicacao=19910720&Caderno=Poder%20Executivo&NumeroPagina=1>>. Acesso em: 19 Out. 2016.

FARIA, Fernanda Nigri. Poder Diretivo Empresarial e Direitos Constitucionais do Trabalhador, 2008. 134 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

MELHADO, Reginaldo. Poder e Sujeição. São Paulo: LTr, 2003.

MELO, Raimundo Simão. Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral e dano estético. São Paulo: LTr, 2004.

MONTE, Valesca de Moraes. Estudos aprofundados do Ministério Público do Trabalho. 2. ed. São Paulo: Juspodium, 2013.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 29. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013.

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. Manual do Poder Diretivo do Empregador. São Paulo: LTr, 2009.

NUNES, Rosana Marques. A revista íntima como cláusula restritiva de direitos fundamentais no Direito do Trabalho, 2008. 233 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp063992.pdf>>. Acesso em: 27 Fev. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos 1948. Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 03 Set. 2016.

PINHO, Rodrigo César Rebello. Teoria Geral da Constituição e Direitos fundamentais. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PORTUGAL, Alice. Projeto de lei n. 583, de 2007. Dispõe sobre a proibição de revista íntima de funcionárias nos locais de trabalho. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B78D06E85B5CB5352FB88EAAE1933208.proposicoesWebExterno2?codteor=446500&filename=PL+583/2007>. Acesso em: 19 Out. 2016.

RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.

ROMITA, Arion Sayão. Direitos fundamentais nas relações de trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Leda Maria Messias. Monitoramento de e-mails e sites. Dano Moral: direitos da personalidade e o poder diretivo do empregador. Revista Jurídica Cesumar, Paraná, v. 4, n. 1, p. 245-278, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge. Direitos fundamentais e o contrato de trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

SIMÓN, Sandra Lia. A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado. São Paulo: LTr, 2000.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Recurso de Revista n. 1427007820075010073. Relator: Renato de Lacerda Paiva – Segunda Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 04 Dez. 2015, Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/263984647/recurso-de-revista-rr-1427007820075010073>>. Acesso em: 31 Out. 2016

A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA REALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

MIGUIDÔNIO INÁCIO LOIOLA NETO:

Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia - UNAMA, servidor público estadual, exercendo o cargo de Controle Externo no Tribunal de Contas do Estado do Pará, desde 2012.

Resumo: O presente artigo visa trazer à tona uma abordagem sobre o fenômeno da mutação constitucional. Tem como objetivo demonstrar que a mutação constitucional é um meio viável para se promover a alteração da norma constitucional. Ademais, busca apresentar as características da mutação constitucional no cenário jurídico. Por fim, tem como norte descrever e mostrar que a mutação constitucional possui amparo na jurisprudência pátria, sendo apta a garantir e atualizar o sentido da norma constitucional.

Palavras-Chaves: mutação constitucional. Alteração informal. Norma constitucional. Jurisprudência pátria.

Abstract: This article aims to bring up an approach on the phenomenon of constitutional mutation. It aims to demonstrate that constitutional mutation is a viable means to promote the alteration of the constitutional norm. Furthermore, it seeks to present the characteristics of constitutional change in the legal scenario. Finally, it aims to describe and show that the constitutional change is supported by the domestic jurisprudence, being able to guarantee and update the meaning of the constitutional rule.

Keywords: constitutional mutation. Informal change. Constitutional norm. Homeland jurisprudence.

Sumário: 1. Introdução – 2. Mutação constitucional. 2.1 Conceito. 2.2 A mutação constitucional na jurisprudência pátria 3. Considerações finais. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

É certo que as mudanças no corpo da norma constitucional devem sempre ter parâmetros claros e objetivos. Não se pode lançar à sorte o futuro de uma ordem constitucional.

A constituição de um Estado em que pese poder ser analisada sobre diversos aspectos, como o político, o jurídico, o sociológico, em suma, trata-se de uma norma que tem o condão de estabelecer a própria organização do Estado.

Ademais, qualquer alteração da norma constitucional deve seguir padrões preestabelecidos dentro do próprio texto constitucional.

A regra é que a alteração da constituição seja por meio de um procedimento formal, que resultará em uma reforma constitucional.

Por outro lado, pode-se existir uma alteração no bojo da norma constitucional de forma informal, isto é, aquela que não observa um procedimento compreendido no seio de uma constituição.

2. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1 CONCEITO

O conceito de mutação constitucional é disponível na doutrina pátria, de forma que ele está diretamente interligado ao fenômeno da mudança informal da normal constitucional.

A lição de Barroso (2011) é clara sobre o conceito de mutação constitucional. Assim, descreve:

[...] mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à *plasticidade* de que são dotadas inúmeras normas constitucionais. (Barroso, 2011, p. 146).

Ademais, Lenza (2017) didaticamente disciplina o conceito de mutação constitucional nas seguintes palavras:

As mutações, por seu turno, não seriam alterações “físicas”, “palpáveis”, materialmente perceptíveis, mas sim alterações no significado e sentido interpretativo de um texto constitucional. A transformação não está em si, mas na interpretação daquela regra enunciada. O texto permanece inalterado. (Lenza, 2017, p. 150).

Ainda nessa disposição, Lenza (2017) conclui que:

As mutações constitucionais, portanto, exteriorizam o caráter dinâmico e de prospecção das normas jurídicas, por meio de processos informais. Informais no sentido de não serem previstos dentre aquelas mudanças formalmente estabelecidas no texto constitucional. (Lenza, 2017, p. 150).

2.2 A mutação constitucional na jurisprudência pátria

De início, é seguro destacar que a mutação constitucional somente ganhou campo fértil nos Tribunais brasileiros responsáveis por realizar a fiscalização objetiva concentrada da norma constitucional. Em apertada síntese, o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça quando do exercício do controle de constitucionalidade.

A constatação acima é lógica, porquanto a alteração da norma constitucional é limitada, não se podendo vislumbrar outros Tribunais pátrios exercendo e interpretando a norma constitucional, e ao final, dando-lhe o sentido posto na Constituição Federal e na Constituição Estadual.

Nesse passo, é elucidativa a decisão do Supremo Tribunal Federal:

A força normativa da Constituição da República e o monopólio da última palavra, pelo STF, em matéria de interpretação constitucional. O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, *caput*) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado

brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso país confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. [**ADI 3.345**, rel. min. Celso de Mello, j. 25-8-2005, P, *DJE* de 20-8-2010.] = **AI 733.387**, rel. min. Celso de Mello, j. 16-12-2008, 2ª T, *DJE* de 1º-2-2013 **Vide HC 91.361**, rel. min. Celso de Mello, j. 23-9-2008, 2ª T, *DJE* de 6-2-2009. **Vide RE 227.001 ED**, rel. min. Gilmar Mendes, j. 18-9-2007, 2ª T, *DJ* de 5-10-2007

Outrossim, a Suprema Corte Federal em outra decisão descreve as razões fundantes para que se promova a mutação constitucional, como se mostra abaixo:

A interpretação judicial como instrumento de mutação informal da Constituição. A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. [**HC 91.361**, rel. min. Celso de Mello, j. 23-9-2008, 2ª T, *DJE* de 6-2-2009.] **Vide ADI 3.345**, rel. min. Celso de Mello, j. 25-8-2005, P, *DJE* de 20-8-2010.

Nesse diapasão, Lenza (2017) enaltece que o Supremo Tribunal Federal ao mudar o seu entendimento para declarar que compete ao Tribunal Justiça julgar o *habeas corpus* decorrente de decisão de turma recursal, o fez por meio de uma mutação constitucional.

Para melhor entendimento, veja a decisão paradigmática da Corte Suprema:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. HABEAS CORPUS CONTRA ATO DE TURMA RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALTERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. REMESSA DOS AUTOS. JULGAMENTO JÁ INICIADO. INSUBSISTÊNCIA DOS VOTOS PROFERIDOS. Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, modificando sua jurisprudência, assentou a competência dos Tribunais de Justiça estaduais para julgar habeas corpus contra ato de Turmas Recursais dos Juizados Especiais, impõe-se a imediata remessa dos autos à respectiva Corte local para reinício do julgamento da causa, ficando sem efeito os votos já proferidos. Mesmo tratando-se de alteração de competência por efeito de mutação constitucional (nova interpretação à Constituição Federal), e não propriamente de alteração no texto da Lei Fundamental, o fato é que se tem, na espécie, hipótese de competência absoluta (em razão do grau de jurisdição), que não se prorroga. Questão de ordem que se resolve pela remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, para reinício do julgamento do feito. (HC 86009 QO, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 29/08/2006, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00067 EMENT VOL-02273-01 PP-00200)

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mutação constitucional atualmente ganha grande repercussão jurídica e social por ser um meio que promove a alteração informal da Constituição.

O fenômeno da mutação não tem o objetivo de mudar o texto constitucional, mas somente promover uma alteração do seu sentido. Isso para lhe adequar a realidade social, política e jurídica.

É certo que o Supremo Tribunal Federal a muito tempo já vem adotando a mutação constitucional como uma forma precisa para atualizar o texto da Constituição Federal ao real sentido que a realidade clama.

Nesse ponto, cabe destacar que ainda carece de maior aprofundamento as balizas para se promover a mutação constitucional, já que não há um prévio procedimento previsto na legislação pátria.

Desse modo, entende-se que é plenamente válida a interpretação dada tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelos Tribunais de Justiça em sede de interpretação da norma constitucional por meio de mutação constitucional.

4. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 86009. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+86009%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+86009%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bxzbbb9>>. Acesso em 27 de Fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 86009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBD.asp?item=1080>>. Acesso em 27 de Fev. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

COMPROVAÇÃO DO DIREITO DA APOSENTADORIA ESPECIAL

ALEXANDRE S. TRICHES:

Advogado. Especialista em Direito Previdenciário.
Contato: alexandre@schumachertriches.com.br

<http://www.alexandretriches.com.br/>

Um dos maiores desafios para quem deseja obter a aposentadoria especial é a comprovação da exposição aos agentes agressivos à saúde ou à integridade física. A legislação exige a apresentação do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), documento que demonstra o histórico laboral por meio de dados administrativos, registros ambientais e resultados de monitoração biológica de todo o período. Acontece que, muitas vezes, a empresa não existe mais, não quer fornecer o PPP ou entrega o documento ao trabalhador com informações incompletas ou não condizentes com a realidade. Quando essas situações acontecem, algumas providencias devem ser tomadas antes do encaminhamento da aposentadoria junto ao INSS.

Uma primeira situação é aquela em que a empresa não quer fornecer o PPP. Nessas hipóteses, deverá ser comprovada a resistência no fornecimento do documento. Isso pode ser realizado com os registros das tentativas de contato mantidas com a empresa, por meio de cartas com aviso de recebimento, sedex, e-mails ou requerimentos formais. Não bastam, portanto, meras alegações de que houve tentativas de contatos para a obtenção do documento: quando a empresa não entrega o PPP, se faz necessário o registro dessa negativa.

Caso a empresa não mais exista, será necessário comprovar formalmente a inatividade da empresa. Isto pode ser realizado por meio da consulta da situação do CNPJ junto ao sítio na internet da Receita Federal, com a posterior impressão do cartão do CNPJ e a informação da inatividade. Se a consulta demonstrar que formalmente a empresa ainda existe, o ideal é buscar informações sobre os sócios na junta comercial. No caso de falência, o denominado "síndico da massa falida", eles têm acesso às informações da empresa, e também a responsabilidade e autonomia para prestar as informações necessárias. Um outra alternativa é o sindicato de classe, onde é possível investigar se existe PPP ou laudo técnico da empresa falida, ou descobrir o responsável. Em alguns casos, o próprio sindicato pode emitir declaração e PPP válidos para fins previdenciários.

Existem alguns caminhos possíveis para comprovar a atividade especial sem o PPP. Um deles envolve a pesquisa de processos de aposentadoria de ex-

trabalhadores da mesma empresa, que conseguiram validar o tempo trabalhado. Nos sites do Poder Judiciário é possível consultar processos contra a empresa, a exemplo de reivindicações de tempo de contribuição. Se um ex-colega de trabalho conseguiu uma prova pertinente ao processo junto ao INSS, é possível utilizar aquela mesma prova no processo.

Há, ainda, a possibilidade de pedir ao juiz que faça uma perícia em empresa semelhante, que apresente as mesmas rotinas laborais, podendo caracterizar a função à qual desempenhou. Em último caso, é possível também solicitar no INSS uma pesquisa que vise à comprovação das atividades desempenhadas em condições especiais.

Na quase totalidade dos casos, a concessão da aposentadoria especial se dá por meio do Poder Judiciário. Isto porque os critérios da Previdência Social são bastante burocráticos e dificilmente é possível cumpri-los. Apesar disso, o prévio requerimento administrativo é fundamental, e ele deve ser instruído com todos os documentos necessários para a análise da autarquia, sob pena de prejudicar a análise administrativa e também judicial do benefício.